



HAL
open science

Droits constitutionnels européens

Julien Giudicelli

► To cite this version:

| Julien Giudicelli. Droits constitutionnels européens. Master. France. 2013, pp.70. hal-03680648

HAL Id: hal-03680648

<https://hal.science/hal-03680648>

Submitted on 28 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

DROITS CONSTITUTIONNELS EUROPEENS
1^{ère} année Master Droit public

Julien Giudicelli

INTRODUCTION

Il faut dire évidemment quelques mots de l'objet de ce cours. Il s'agit d'un cours de droits constitutionnels européens, au pluriel, et non pas de droit constitutionnel européen, au singulier.

En d'autres termes, il ne s'agira pas, ici, de faire un cours de droit communautaire, et de voir quelle architecture institutionnelle gouverne les rapports entre les différentes instances communautaires. Il ne s'agira pas non plus, a fortiori, de décrire les rapports entre différents pouvoirs prévus dans le projet de constitution européenne. On sait que le 29 avril 2005, les citoyens français, à qui l'on avait demandé de se prononcer par référendum sur la ratification de ce texte, l'ont massivement rejeté, à plus de 54 %. Quelques jours plus tard, ce furent les citoyens hollandais qui rejetèrent, dans une proportion encore plus grande, le même texte. À ce jour, quatre pays seulement se sont prononcés par la voie référendaire : la France et les Pays-Bas, qui ont repoussé le projet de constitution européenne, l'Espagne et le Luxembourg, qui l'ont adopté. Un nombre important de pays de l'Union européenne a adopté ce texte, mais par la voie de la ratification parlementaire.

Juridiquement, rien ne condamne le projet de constitution européenne puisqu'il suffit que vingt des 25 membres de l'UE le ratifient pour qu'il puisse entrer en vigueur. Politiquement, son rejet, par deux des six pays fondateurs de l'Union européenne, qui plus est par la voie référendaire, rend peu probable l'entrée en vigueur de ce texte, en l'état tout au moins. Les déclarations de certaines personnalités politiques (M. Juncker, Premier ministre luxembourgeois et, à l'époque du référendum français, président en exercice de l'UE et VGE, notamment, qui a présidé la Convention européenne à l'origine du texte), qui ont proposé de refaire voter, dans quelques années, les Français sur le même texte ont soulevé un tollé en France. On comprend bien que, devant la fragilité de ce texte, un cours qui sera consacré au droit constitutionnel européen serait encore trop virtuel.

En revanche, il est vrai, selon la formule de la CJCE, que les pays européens sont dotés d'un « patrimoine constitutionnel commun ».

En quoi consiste-t-il ? À première vue, si l'on observe les Etats européens, on s'aperçoit rapidement qu'ils partagent des principes communs, fruit d'une longue histoire politique, philosophique et juridique. Le premier de ces principes est évidemment la démocratie. Les deux autres principes sont liés mais différents : il s'agit de l'Etat de droit et du constitutionnalisme.

On se rend rapidement compte que, ce qui lie les différents Etats, malgré leurs particularités, c'est qu'ils ont, chacun, érigé un Etat assujéti au droit. La limitation de l'Etat par le droit constitue, précisément, l'Etat de droit, notion sur laquelle nous aurons évidemment à revenir. Mais l'Etat de droit et la démocratie, dont on a tous, intuitivement, l'idée, ne se confondent pas, même si, dans nos sociétés actuelles, ils sont complémentaires.

Par-delà les principes communs, c'est-à-dire les idées que nous aurons à développer (démocratie, Etat de droit, constitutionnalisme), les Etats européens sont dotés d'une « ingénierie constitutionnelle » commune, c'est-à-dire de techniques juridiques propres à mettre en œuvre, concrètement, ces concepts.

Comment, par exemple, les Etats européens traduisent-ils le principe de séparation des pouvoirs, inclus dans la définition admise de la démocratie (si l'on fait exception du modèle préconisé par Rousseau) ? On verra que, dans une très large mesure, ils opteront pour une séparation souple des pouvoirs, c'est-à-dire pour une collaboration des pouvoirs. Ils optent en général pour des régimes parlementaires et non, comme aux Etats-Unis, où la forme du Gouvernement est présidentielle. On verra aussi que, instruits de la fragilité des démocraties par l'histoire du XX^e siècle, les différents Etats européens ont tous entendu « rationaliser » leur régime parlementaire, c'est-à-dire doter l'exécutif de prérogatives plus fortes et de le libérer d'une dépendance jugée parfois trop forte vis-à-vis du législatif.

Comment, par ailleurs, les Etats européens assureront la protection effective des droits inscrits dans leur Constitution ? Ils ont le plus souvent préféré suivre la voie du modèle kelsenien, c'est-à-dire un contrôle de constitutionnalité concentré, présupposant l'institution d'une juridiction constitutionnelle centralisée. Ils ont donc pour la plupart rejeté le modèle de justice constitutionnelle américain, où le contrôle de constitutionnalité est diffus, c'est-à-dire dévolu à l'ensemble des juges ordinaires.

Pour autant, si les Etats européens sont effectivement dotés, selon l'heureuse formule de la CJCE, d'un « patrimoine constitutionnel européen », leur système constitutionnel n'est pas uniformisé. On trouvera même parfois des disparités notables. La forme de l'Etat en est l'exemple peut-être le plus flagrant. Certains Etats privilégient la forme unitaire de l'Etat : c'est le cas de la France. D'autres optent pour une forme fédérale : c'est le cas de l'Allemagne ou de la Belgique. D'autres enfin choisissent une forme jugée intermédiaire : la forme régionale de l'Etat que l'on trouve par exemple en Espagne ou en Italie.

L'absence d'uniformité rend l'exposé des différents systèmes constitutionnels européens finalement difficile. Pour pouvoir élaborer un tel cours, il faut donc utiliser une méthode précise, celle du *comparatisme*. En quoi consiste cette méthode ? Il ne s'agira pas

de comparer minutieusement les textes constitutionnels, c'est-à-dire de se livrer à une analyse précise des dispositions constitutionnelles retenues par chaque pays. L'exposé serait extrêmement fastidieux et le cours ne pourrait pas tenir dans le temps imparti. À l'inverse, il n'est pas non plus question de ne se livrer qu'à l'étude des concepts usuels en droit constitutionnel, tel que cela a été initié en première année. Il s'agira en fait de les confronter aux différents pays et aux différentes pratiques utilisées. C'est, en fait, une démarche intermédiaire que l'on suivra, tout au long de ce cours. La comparaison s'attachera à la question d'un patrimoine constitutionnel européen commun. Ainsi, on ne s'efforcera pas de gommer les particularismes de chaque Etat, mais on visera, derrière les différences, à démontrer les convergences européennes en matière constitutionnelle.

PARTIE I LES PRINCIPES COMMUNS AUX ETATS EUROPEENS ET LEURS TRADUCTIONS CONSTITUTIONNELLES

On va s'attacher, dans cette partie du cours, à décrire les fondements politiques qui permettent de comparer les différents Etats européens : la démocratie, l'Etat de droit et le constitutionnalisme. On étudiera ensuite la traduction constitutionnelle de ces principes, c'est-à-dire leur mise en œuvre concrète dans l'appareil institutionnel.

On peut d'ores et déjà s'attendre à ce que l'application des principes soit différente suivant les différents Etats concernés. Ils n'ont pas tous adopté un système démocratique et un Etat de droit à la même époque et dans le même contexte politique.

Mais il pourra paraître plus étonnant que les différents concepts que nous allons étudier ne revêtent pas tous la même résonance. C'est que les conceptions relatives à la démocratie et à l'Etat de droit ne sont pas uniformes. Elles dépendent de la tradition historique et du contexte politique dans lesquels elles sont nées.

On va développer les trois socles sur lesquels se sont lentement construits les Etats européens contemporains : la démocratie, l'Etat de droit, le constitutionnalisme.

TITRE I LA DEMOCRATIE

Dans les développements qui vont suivre on va tout d'abord étudier les fondements théoriques de la démocratie. On s'attachera tout d'abord à l'acception qu'on en avait au XVIII^e siècle, dans ses appréhensions révolutionnaire ou libérale. On étudiera ensuite brièvement la conception positiviste du XX^e siècle développée par Kelsen.

On examinera ensuite les modalités concrètes de la démocratie dans nos sociétés européennes contemporaines. Comment fonctionne une démocratie, quels sont ses mécanismes, les sociétés européennes ont-elles la même approche ?

CHAPITRE I LES FONDEMENTS THEORIQUES DE LA DEMOCRATIE

Il faut tout d'abord dire que la démocratie est un principe de légitimité du pouvoir. Pourquoi pense-t-on généralement que le régime politique dans lequel on évolue est le meilleur, parce qu'on a l'impression de pouvoir influencer sur la prise de décision politique. Si l'on exclut l'époque antique, ce principe s'est surtout développé au cours des XIX^e et XX^e siècles. Il est apparu comme un mot d'ordre servant à renverser d'anciens régimes, monarchiques ou autocratiques. Mais, comme tout mot d'ordre qui a, pourrait-on dire, réussi, il a perdu de sa substance, au point d'être difficile à définir.

Qu'est-ce que la démocratie ? On connaît tous l'étymologie du mot. La démocratie, c'est le pouvoir du peuple. D'accord. Mais il ne s'agit pas là d'une définition, seulement d'une traduction.

Que revêt, aujourd'hui, la démocratie ?

La légitimité démocratique moderne postule que les hommes sont par nature égaux en droits et que les inégalités sociales ne peuvent justifier de restriction à l'égalité politique, aux droits politiques que tous les hommes possèdent.

Il faut ici signaler, pour distinguer la conception moderne de la démocratie de son acception antique, que ce principe d'égalité naturelle commence à s'imposer dans le droit seulement à la fin du XVIII^e siècle, dans la déclaration d'indépendance américaine de 1776 et dans la DDH de 1789.

Insistons : la légitimité traditionnelle du pouvoir se fonde sur des critères opposés : aussi bien la démocratie antique – basée sur une notion oligarchique de citoyenneté – que la société féodale et la monarchie d'Ancien Régime avec sa société d'ordres ou états reposent sur l'idée que la seule qualité d'homme ne constitue pas en soi un titre susceptible d'accorder à chacun liberté et droits politiques.

Liberté et égalité politiques sont les conditions de la démocratie, au sens moderne du terme, mais elles ne suffisent pas encore à définir le concept.

Cependant, la liaison étroite entre liberté et démocratie permet souvent d'identifier les deux concepts. Mais c'est aussi ici qu'apparaît, précisément, une diversité des conceptions de la démocratie, due à une diversité des conceptions de la liberté.

Selon une conception anglo-saxonne, la liberté se conçoit en tant que liberté individuelle, qui doit être protégée par le droit qui institue une limitation des pouvoirs.

Selon une conception révolutionnaire, principalement incarnée par Rousseau, la liberté, parce qu'elle crée le droit, aboutit tout au contraire au pouvoir illimité de la volonté générale.

On comprend bien dès lors que deux conceptions de la démocratie vont s'affronter : l'une, révolutionnaire, d'inspiration française, l'autre modérée, d'inspiration anglaise.

SECTION I LA CONCEPTION REVOLUTIONNAIRE DE LA DEMOCRATIE

§1 Rousseau et le *Contrat social* : le rôle de la volonté générale

Dans la théorie rousseauiste, la démocratie est un régime où les rapports entre les hommes sont réglés d'après deux principes essentiels : la liberté et l'égalité.

Mais la liberté selon Rousseau n'est pas envisagée, comme dans la doctrine libérale qui va de Locke à Montesquieu. *La liberté permet, dans le projet de Rousseau, d'opérer une complète identification entre gouvernants et gouvernés. Il y a donc une transformation de l'idée de liberté qui va être à l'origine d'une transformation de l'idée de démocratie.*

Dans la théorie du *Contrat social*, la règle de l'*unanimité* est conçue comme la garantie de l'égalité et de la liberté des participants à l'acte fondateur de l'Etat. Mais Rousseau restreint l'application du principe d'unanimité à la fondation de l'Etat.

Une fois cette opération terminée, Rousseau construit une théorie de la volonté générale. Signalons tout de suite qu'à l'inverse des libéraux, il répudie le principe représentatif ce qui implique logiquement la démocratie directe car, selon les mots de Rousseau, « la volonté ne se représente point ».

La volonté générale n'est en aucun cas l'addition des volontés particulières, ni même la volonté de tous ou du plus grand nombre. Rousseau distingue en fait deux mondes. Le premier, celui pour lequel il a la plus grande défiance, c'est celui de l'intérêt *particulier*, des volontés particulières, des actes particuliers. Le second, celui qu'il promet, est celui de la *volonté générale*, c'est-à-dire de l'intérêt général, des actes généraux constitués par les lois.

Le peuple en corps, c'est-à-dire, dans la théorie rousseauiste, le *Souverain*, ne saurait vouloir que l'intérêt général. Cet être abstrait, artificiel, n'est pas mu, comme l'homme social, par la petitesse de ses intérêts égoïstes, particuliers. Alors que l'homme lui, est tenté de poursuivre, conformément à son instinct naturel égoïste l'intérêt particulier. Mais l'homme est dual, chez Rousseau. En tant que membre du corps politique, c'est-à-dire en tant que citoyen, il recherche et veut l'intérêt général. La liberté dans l'état politique, c'est

précisément la faculté que possède chaque homme de faire prévaloir sa volonté générale sur sa volonté particulière. Ainsi, l'obéissance au Souverain, c'est-à-dire au peuple constitué en corps, constitue la véritable liberté. Toute l'originalité de l'œuvre de Rousseau c'est de faire d'un paradoxe le socle de sa théorie : l'obéissance, c'est donc la liberté.

De là un certain nombre de conséquences qui apparaissent, elles aussi, paradoxales.

Ramener à l'obéissance par la force celui qui, dominé par sa volonté particulière, refuse de se soumettre à la volonté générale, c'est simplement, dit Rousseau, « *le forcer à être libre* ». Exiger la soumission de la minorité aux lois votées par la majorité, c'est réaliser la liberté et non la violer.

Concrètement, la volonté générale va être en réalité exprimée par la majorité. Il en résulte que la liberté, initialement conçue par les libéraux comme l'autonomie du sujet, va changer de sens. À la liberté de l'individu se substitue la souveraineté du peuple ou, ce qui équivaut, la liberté de l'Etat.

La justification donnée par Rousseau à ce primat absolu de la volonté générale est célèbre :

« Quand l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve pas autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre ».

La volonté générale crée une liberté hétéronome, c'est-à-dire non pas, comme dans le sens libéral classique, une faculté de se déterminer seul (autonomie), mais une faculté de se déterminer en fonction des autres.

§2 Les théories révolutionnaires de la souveraineté

On a généralement opposé les deux conceptions démocratiques de la souveraineté, celle de la souveraineté nationale et celle de la souveraineté populaire, les Constitutions de 1791 et 1793. Seule la seconde serait entièrement inspirée du *Contrat social*.

Selon la première conception, la souveraineté réside de manière indivise dans la nation. Diverses conséquences en résultent : la représentation est la règle, à l'exclusion des procédures de démocratie directe. L'électorat est conçu comme un électorat-fonction (suffrage censitaire) et non un électorat-droit. L'indépendance des gouvernants est assurée

et le mandat impératif rejeté. La théorie de la souveraineté nationale triomphe bien plus tard, avec l'établissement définitif de la République, c'est-à-dire sous la III^e République. Le principe de la souveraineté nationale, proclamé à l'article 3 de la DDH, est resté le principe fondamental du droit public français. Il figure dans la Constitution de la V^e République et a été présent dans toutes les Constitutions depuis 1791, sauf dans la Charte de 1814.

Conformément à ce principe de souveraineté nationale, la Constitution de 1791 concevait le système représentatif comme celui qui consacre l'entière autonomie de la volonté des organes représentatifs et l'intangibilité de leur fonction (pas de dissolution). Ainsi que l'a écrit un auteur célèbre, Burdeau :

« La souveraineté nationale est exclusivement un principe de légitimité, mais n'implique aucunement que le peuple réel soit le moteur de la vie politique. Bien au contraire, la souveraineté nationale est un concept doctrinal imaginé pour satisfaire le postulat démocratique de l'origine populaire du pouvoir tout en écartant de son exercice l'action du peuple concret ».

En réalité, la Révolution va concilier les deux conceptions de la souveraineté, nationale et populaire, dans la souveraineté du citoyen, opposé à l'individu. En effet, les individus, dans lesquels le *Contrat social* place l'origine de la souveraineté ne sont pas des êtres réels. L'homme ne compte qu'en tant que citoyen. C'est dans cette conception du citoyen que se réconcilient les deux thèses que l'on a coutume d'opposer.

SECTION II LA CONCEPTION LIBERALE DE LA DEMOCRATIE

§1 Montesquieu et L'esprit des lois : une apologie d'un Gouvernement modéré

Pour Montesquieu, le meilleur Gouvernement est celui où la liberté concrète des sujets est garantie : ce doit être un Gouvernement modéré, un Etat où le pouvoir trouve ses limites. C'est pour lui le cas du régime représentatif anglais.

Au point d'origine, il y a la séparation des pouvoirs (expression que ni Locke ni Montesquieu n'ont jamais employée) dont le principe est simple : la loi a une portée générale et l'autorité qui l'édicte ne peut pas être la même que celle qui l'exécute. La notion, cernée par Locke, est approfondie par Montesquieu. Il considère que ce principe d'organisation est essentiel à la modération du Gouvernement. Alors que Locke distinguait

essentiellement un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir confédératif (les affaires étrangères), Montesquieu met lui l'accent sur la puissance de juger. Tout comme Locke, Montesquieu coordonne en fait les éléments de l'expérience anglaise.

Mais il justifie la séparation des pouvoirs en en faisant le modèle idéal. La séparation des pouvoirs est destinée à protéger la liberté par la fragmentation de la puissance de l'Etat. On connaît la formule :

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ? La vertu a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

La séparation des pouvoirs, c'est donc le principe d'une « faculté d'empêcher ». elle aboutit à un contrôle des pouvoirs les uns par les autres, notion clef du constitutionnalisme moderne. En ce sens, la Constitution de 1791 est complètement conforme à la conception de Montesquieu.

Montesquieu met également en relief une conception du régime représentatif également déduite du modèle anglais. Le Parlement est bicaméral parce que cela renforce la faculté d'empêcher. Les députés élus sont les représentants mais non pas les « commis » de leurs électeurs : leur mandat n'est pas impératif. La représentation est destinée à filtrer la volonté populaire. En effet, selon Montesquieu, le peuple est apte à choisir ses représentants, mais sa compétence s'arrête là.

§2 Le Gouvernement représentatif : l'Angleterre du XVIIIe siècle

Avec la « Révolution glorieuse » de 1688, les assemblées ont conquis la souveraineté en légalisant le changement de dynastie. Cette Révolution est essentiellement d'ordre juridique et non conceptuel. En d'autres termes, c'est de l'histoire du Royaume-Uni qu'est né la démocratie parlementaire, et non d'une quelconque théorie.

Après la dictature républicaine de Cromwell, la monarchie avait été restaurée. Mais Jacques II avait renoué avec une pratique rejetée par les assemblées. Il fut lui aussi renversé et ce fut Guillaume d'Orange qui fut appelé au trône. Le changement symbolique est de taille. Guillaume et son épouse reçoivent la couronne du Parlement lui-même et non plus en vertu d'un titre héréditaire de droit divin, comme lors de la restauration de Charles II.

Les rapports entre le Roi et les chambres sont donc modifiés car on assiste à la naissance d'une véritable souveraineté du Parlement.

Le Roi a perdu la qualité de source de tout pouvoir. À compter de cette période, l'annualité des réunions du Parlement est assurée par les dispositions du *Bill of Rights* de 1689 relatives à la levée du contingent et à l'impôt.

Cette introduction pragmatique de l'annualité des sessions contribue à installer définitivement le régime représentatif.

§3 La conception de la démocratie au XVIII-XIXe : le primat du libéralisme

Le régime représentatif et la séparation des pouvoirs apparaissent donc comme les fondements institutionnels du Gouvernement modéré qui est celui de la démocratie libérale.

Mais ce régime, avant d'être la démocratie, est avant tout le libéralisme. D'ailleurs, le terme « démocratie » n'apparaît nulle part dans les actes fondateurs, que ce soit dans les différentes déclarations des droits ou dans les différentes Constitutions qui commencent à éclore à la fin du XVIII^e. La modernité de la démocratie procède de la conception individualiste de la *liberté*, opposée à la liberté strictement politique des Anciens (la participation aux affaires de la Cité).

Le régime libéral garantit concrètement ce principe rénové de liberté par la représentation et la séparation des pouvoirs. Bien loin d'être démocratique dans sa conception, le régime représentatif est un correctif de la démocratie, un moyen d'assurer, sous un couvert démocratique, un Gouvernement oligarchique, ainsi qu'un régime adapté au rôle limité assigné à l'Etat par la doctrine libérale.

Par ailleurs, la démocratie libérale procède d'une conception purement juridique de *l'égalité*. Il s'agit seulement de garantir *l'égalité de statut* opposée aux différences d'ordres caractérisant la société traditionnelle. Il s'agit donc d'une *égalité devant les droits*. Cette égalité de principe ne met pas en question les inégalités, notamment sociales et économiques. Elle tend essentiellement à l'égalité des chances sur un plan juridique sans prendre en considération la question des moyens.

SECTION III LA CONCEPTION CONTEMPORAINE DE LA DEMOCRATIE

La notion la plus simple de la démocratie suppose non seulement que le pouvoir repose sur le consentement du peuple, mais surtout qu'il ait sa source dans le peuple. Le peuple ne doit pas être une abstraction idéologique, comme c'est le cas dans les régimes totalitaires. Il doit revêtir une réalité concrète.

Alors qu'est-ce que, juridiquement, le « peuple » : c'est essentiellement le *corps électoral* qui s'exprime lors des différents scrutins. Le peuple, notion de philosophie politique, s'incarne dès lors dans une notion juridique. De sorte qu'on peut dire concrètement que *peuple = corps électoral*.

En vérité, ce n'est pas une relation de stricte égalité, parce que le corps électoral ne contient pas tous les membres du corps social, c'est-à-dire n'englobe pas tout le peuple. En sont exclus les mineurs, les incapables majeurs.

Pour autant, la réduction du peuple au corps électoral permet à la notion de philosophie politique, le peuple, d'être concrètement incarnée.

Continuons à nous interroger. Suffit-il qu'un corps électoral soit mobilisé à l'occasion d'un vote pour qu'il y ait véritablement démocratie ?

En fait non. L'expérience des régimes totalitaires montre qu'il y a bien la tenue de votes, auxquels le corps électoral est invité à participer.

Mais, d'une part, ces votes ne sont pas forcément périodiques. Ils ne présentent pas, d'autre part, de véritable enjeu, puisqu'il se peut qu'il y n'y ait aucune compétition politique (candidature unique) ou bien que la concurrence entre les formations politiques soit faussée (moyens démesurés de l'Etat mis à disposition du candidat officiel, absence de pluralisme de l'information...).

Ce critère minimal permet simplement d'affirmer qu'en l'absence d'élections, il ne peut y avoir de démocratie. Pour autant, toute société politique dans laquelle sont organisées des élections ne constitue pas pour autant une démocratie.

On peut aujourd'hui dire, tout simplement, qu'il y a démocratie quand les citoyens composant le corps électoral sont invités à participer périodiquement à la désignation de leurs représentants ou plus généralement à la prise de décisions politiques majeures (ce qui permet d'inclure les référendums) lors d'élections libres permettant le libre choix des électeurs.

On voit bien que cette définition de la démocratie *n'est plus conceptuelle*, c'est-à-dire qu'elle n'est plus reliée, comme dans les conceptions du XVIII^e siècle, à la question de la souveraineté.

La définition qu'on vient de proposer est *procédurale*, c'est-à-dire qu'elle réduit la démocratie à une modalité de prise de décision politique ou de sélection des élites politiques. La démocratie est, en quelque sorte, un *mécanisme*.

Elle est également *formelle*. Qu'est ce qu'on entend par là

Kelsen, dans l'acception formelle qu'il avait de la démocratie, disait :

« Un Etat où la puissance étatique sur l'individu recevrait une extension illimitée, c'est-à-dire où la "liberté" individuelle serait totalement anéantie et l'idéal libéral intégralement nié pourrait encore constituer une démocratie, pourvu que l'ordre étatique fût créé par les individus qui y sont soumis » (H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p. 22).

Il faut ici faire attention : la démocratie moderne (qui tend à se confondre avec la démocratie du type occidental, et donc avec les démocraties constitutionnelles européennes) nous fait spontanément penser aux notions de liberté individuelle et d'Etat de droit. Mais ces notions peuvent rester étrangères à la démocratie. Une conception formelle, procédurale, en un mot positiviste de type kelsénien, peut conduire à un type de démocratie aux antipodes du Gouvernement modéré. Mais cela n'en serait pas moins une démocratie.

Mais la conception positiviste de Kelsen est en fait plus subtile. Pour l'auteur autrichien,

« La domination de la majorité, si caractéristique de la démocratie, se distingue de toute autre domination parce qu'en son essence la plus profonde, non seulement elle suppose par définition même, mais encore reconnaît politiquement et [...] protège une opposition – la minorité » (H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p. 22).

Le fonctionnement même du principe majoritaire suppose le droit à l'existence de la minorité. Il va donc en résulter la possibilité d'une protection constitutionnelle. La conception positiviste de Kelsen requiert, finalement, une autolimitation du pouvoir dans la démocratie.

C'est ici que démocratie et Etat de droit se rejoignent. C'est pourquoi on traitera de la protection de la minorité et de son statut dans le développement aux applications pratiques de l'Etat de droit.

CHAPITRE II LES MODALITES DE LA DEMOCRATIE EN EUROPE

On va étudier ici comment, concrètement, vont s'appliquer les principes que l'on a examiné dans le premier chapitre, c'est-à-dire la liaison de la démocratie aux différentes approches de la souveraineté, nationale et populaire. On se rappelle qu'il y a un affrontement majeur entre les tenants de la souveraineté populaire (c'est-à-dire de la théorie rousseauiste) et ceux de la souveraineté nationale, c'est-à-dire les adeptes d'une conception libérale de la démocratie.

L'affrontement se réduit finalement à une question : la représentation. Pour les adeptes de la souveraineté nationale, l'exercice du pouvoir doit être confié aux représentants, démocratiquement élus. Pour Rousseau, au contraire, la souveraineté ne se délègue pas.

En fait, si l'on examine les différentes sociétés européennes, on s'aperçoit que c'est, bien évidemment la théorie de la représentation qui a recueilli le plus de faveur. Pour autant, il y a une place qui a été souvent faite au référendum, qui correspond, bien sûr, à la théorie de la souveraineté populaire.

Avant de développer, donnons quelques définitions classiques.

À la notion de démocratie représentative, la doctrine classique oppose les notions de démocratie directe et semi-directe.

La **démocratie directe** est le régime dans lequel les citoyens exercent directement au sein d'assemblées populaires le pouvoir législatif et d'administration. Ce système postule donc une complète identité entre gouvernants et gouvernés et implique l'absence d'organes étatiques et la confusion entre les pouvoirs. Tel était l'idéal de Rousseau, réalisable seulement dans le cadre de très petits Etats. La démocratie directe est en effet encore pratiquée dans les cantons montagnards de la Suisse. Les citoyens s'y réunissent en *Landsgemeinde*. C'était aussi le régime athénien. Ce type de Gouvernement est évidemment impraticable dans les démocraties modernes.

Aussi, les termes de « démocratie directe » qualifient maintenant les procédures référendaires qui coexistent avec les institutions représentatives. C'est ce que la doctrine classique désigne par la notion de **démocratie semi-directe**. C'est un régime réalisant une combinaison de la démocratie directe et de la démocratie représentative.

La **démocratie représentative** exclut, à l'opposé, toute intervention directe du peuple autre que celle de la désignation des représentants. Le régime représentatif n'est pas

nécessairement démocratique. Il ne l'a pas été jusqu'à l'établissement du suffrage universel. En tout état de cause, un régime représentatif est celui dans lequel les gouvernants exercent le pouvoir non pas en tant que titulaires d'un droit propre mais en vertu de leur qualité de représentants qu'ils tiennent de l'élection. La démocratie représentative est le régime dans lequel la désignation des représentants – au moins ceux qui siègent dans la chambre basse du Parlement – procède de l'élection au suffrage universel direct.

SECTION I LA CONSTRUCTION D'UNE SOCIÉTÉ PLURALISTE

Le droit constitutionnel européen tend à construire une structure de base : la démocratie pluraliste. Celle-ci veut que l'Etat et la société entretiennent des rapports étroits de proximité pour empêcher un trop grand décalage entre le pays légal et le pays réel.

On traitera, dans ce développement, d'un des aspects les plus importants du pluralisme : les partis politiques.

La représentation a été consacrée en France, durant la période révolutionnaire, sans les partis et même contre eux (loi le Chapelier).

Mais l'extension du droit de suffrage, la consécration progressive du suffrage universel, rendent les contacts personnels impossibles entre l'électeur et le représentant, obligé de s'associer dans des formations politiques partisans, avec d'autres.

Progressivement, l'électeur va voter pour un programme façonné par un parti politique.

Dès lors, la démocratie, et sa modalité technique principale, la représentation (que l'on étudiera ensuite), n'ont plus pour scène exclusive le Parlement et pour acteurs principaux les députés. La démocratie s'étend vers le domaine social en y créant un espace public dominé par le pluralisme des partis.

On étudiera successivement le statut et le rôle des partis politiques en général, puis de l'opposition en particulier.

§1 Le statut et le rôle des partis politiques

Les systèmes constitutionnels européens diffèrent quant à la place juridique à accorder aux partis politiques.

La *reconnaissance* des partis, c'est non seulement le fait, pour l'Etat, de les tolérer, mais aussi de leur conférer des droits et obligations correspondant à leur rôle spécifique. Certains font plus que les reconnaître, ils vont jusqu'à les incorporer dans la Constitution.

L'*incorporation* suppose une reconnaissance plus solennelle, dans le texte même de la Constitution, comme c'est le cas dans de nombreuses Constitutions européennes, comme, par exemple, la France (art 4), l'Italie (art 49), l'Allemagne (art 21)... La Grande-Bretagne occupe une place particulière car les partis y jouent un rôle primordial. On peut même les considérer comme étant la base de la Constitution anglaise. Comme elle n'est pas écrite, on ne peut cependant pas parler d'incorporation.

En revanche, d'autres Etats ne reconnaissent ni ne mentionnent dans leurs Constitutions les partis. C'est par exemple le cas de la Suisse, du Danemark, de la Finlande la Belgique ou l'Irlande.

Mais la diversité des solutions retenue dans les différents pays n'est pas primordiale. Les objectifs des différents systèmes juridiques sont les mêmes : il s'agit d'assurer aux partis le rôle d'intermédiaire entre la société et l'Etat.

En Europe, les partis sont des organisations permanentes visant à formuler et représenter la conception que se font leurs adhérents et leurs sympathisants de l'intérêt général, et à faire pression pour que leurs idées soient reprises par l'Etat.

Le moment privilégié pour faire pression sur l'Etat, c'est, bien sûr, les élections.

C'est d'ailleurs souvent la participation régulière aux élections que le droit retient comme critère pour reconnaître à une organisation la qualité de parti.

La fonction partisane principale est une fonction de *médiation*. Elle permet au parti politique de concourir à la formation de la volonté politique du peuple, comme le formule très bien l'article 21 de la loi fondamentale allemande. L'article 4 de la Constitution française se contente d'indiquer que « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage », ce qui est moins explicite.

Ce n'est pas pour autant que les partis sont dotés automatiquement de la personnalité juridique et encore moins d'un statut spécial comme celui d'organe constitutionnel. Souvent cette personnalité dépend du droit commun des associations, comme en France ou en Italie.

Première caractéristique du statut des partis politiques : pour accomplir leur fonction de médiation, les partis politiques doivent être assurés de la **liberté**, entendu comme liberté de se former et d'agir sans autorisation préalable.

Ce droit est reconnu dans tous les systèmes juridiques : à l'échelon constitutionnel (hypothèse de l'incorporation) ou législatif (par exemple en Autriche), voire jurisprudentiel.

La possibilité d'interdire un parti peut résulter de normes spéciales (en Allemagne, Danemark, Espagne, Portugal, Irlande). Elle peut aussi résulter du droit commun en matière d'associations (France, Pays-Bas). Mais l'éventualité de l'interdiction est récusée par la plupart des Etats car elle apparaît comme inopportune et dangereuse

Le statut des partis politiques se caractérise, en second lieu, par leur **égalité**. L'égalité des chances vise à préserver la réalité de la concurrence partisane et donc le pluralisme. Il va y avoir ici des disparités puisque la concurrence des partis se fait principalement à l'occasion des élections. Les disparités résulteront donc des différences de système électoral.

Les pays qui privilégient le scrutin majoritaire en vue de la formation d'une majorité stable, comme la France ou la Grande-Bretagne, admettront des inégalités plus grandes que ceux qui retiennent le scrutin proportionnel (RFA, Italie en partie, Belgique...).

Au-delà des modes de scrutin, l'égalité des partis prévaut au cours des campagnes électorales ; il se traduit notamment dans la réglementation de la propagande et dans celle relative aux médias.

La question du **financement public** des partis politiques et, plus largement, du financement (tout court) des partis, est l'une de celles où apparaissent le plus de disparités. S'il est certain que l'intervention de l'Etat constitue une ingérence et donc un facteur de dépendance des partis, il est clair que la solution inverse, le libéralisme total, favorise la dépendance des partis à des forces économiques puissantes.

C'est pourquoi, même dans les pays où la prévention contre la réglementation est grande, c'est-à-dire dans les pays anglo-saxons, nordiques, et dans ceux du Benelux, on observe une extension du financement des partis (ex : Suède, Belgique, Norvège...). Les pays qui en principe excluent tout financement public (GB, Irlande, Pays-Bas), accordent cependant une aide parfois substantielle aux groupes parlementaires.

Le financement public apparaît en revanche comme une conséquence naturelle ou inéluctable dans les pays qui ont franchi le pas de l'incorporation des partis. On le trouve ainsi en RFA, Italie, France, Espagne, Portugal...

§2 Le statut et le rôle de l'opposition

Les conceptions de la démocratie issues de la tradition du *Contrat social* ne se soucient pas des minorités, et donc, *a fortiori*, de l'opposition. La démocratie conçue comme l'identité des gouvernants et des gouvernés ne laisse pas de place à la reconnaissance d'un droit d'opposition. On comprend que cette conception peut être nocive et peut même dégénérer en totalitarisme.

Kelsen démontra que le fonctionnement même du principe majoritaire suppose le droit à l'existence de la minorité. Citons-le une nouvelle fois :

« La domination de la majorité, si caractéristique de la démocratie, se distingue de toute autre domination parce qu'en son essence la plus profonde, non seulement elle suppose par définition même, mais encore reconnaît politiquement et [...] protège une opposition – la minorité » (H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, p. 22).

La majorité suppose une opposition, qui, dans une démocratie, doit être reconnue et protégée, tant au plan politique que juridique. La situation qui est faite à l'opposition donne la mesure du caractère libéral d'un régime démocratique.

Les objectifs légitimes de l'opposition correspondent à une fonction qu'elle exerce non pas seulement dans son propre intérêt, mais en vue de l'intérêt général.

C'est d'abord la **limitation du pouvoir**. La fonction de contestation de l'opposition conduit à la soumettre en permanence au jugement de l'opinion.

Juridiquement, certains pays admettent un droit de saisine de la juridiction constitutionnelle au profit de la minorité parlementaire. C'est, on le sait, le cas de la France.

L'autre objectif, c'est la **collaboration des pouvoirs**.

Elle s'opère soit indirectement : les critiques de l'opposition finissent par infléchir la politique suivie par la minorité.

La collaboration des pouvoirs se réalise aussi directement : l'opposition participe à certaines fonctions, comme la fonction législative (participation aux commissions, initiative des lois et des amendements...).

Dans certaines hypothèses de crise, l'opposition est consultée et éventuellement associée à l'opposition.

Cette fonction d'intérêt général de l'opposition est essentielle en démocratie. Mais elle est encore rarement consacrée par les textes.

Le modèle de consécration du rôle de l'opposition se trouve en Grande-Bretagne. L'opposition y fait partie du système constitutionnel même. Son organisation est favorisée par le bipartisme. L'opposition a ainsi son leader, rémunéré par l'Etat, et une structure permanente, le *shadow cabinet*, qui contrôle le Gouvernement en place et prépare, dans le même temps, le programme d'un exécutif alternatif prêt à prendre la relève.

Dans nombre de pays, au contraire, l'opposition est peu organisée. Un minimum de reconnaissance lui est faite en ce qui concerne l'activité parlementaire.

La minorité, comme la majorité, dispose du droit d'initiative législative, mais il est théorique, car même si elle peut déposer des propositions de loi, elles ont peu de chance d'être votées par la majorité. Son droit d'amendement, en revanche, est beaucoup moins théorique. Tout d'abord parce que leur multiplication peut procéder d'une tactique de ralentissement de l'activité législative. Ensuite parce que la majorité peut quelquefois accéder aux revendications de l'opposition.

L'opposition est en outre normalement représentée dans les commissions parlementaires. L'attribution de la présidence de commissions à des membres de l'opposition constitue l'une des caractéristiques significatives de son statut effectif. En RFA, non seulement la composition des commissions, mais aussi l'attribution des présidences, est déterminée à la proportionnelle. En GB, la présidence du *committee of public accounts*, qui contrôle les comptes publics, est confiée à un membre de l'opposition. Dans la plupart des autres pays, la présidence des comités est cependant détenue par les membres de la majorité.

Une autre question qui donne la mesure du statut de l'opposition et celle du temps de parole. En GB, c'est le Gouvernement lui-même qui tient à préserver une part importante du temps des débats parlementaires à l'opposition (environ un tiers). Hors le cas de l'Europe, la liberté de parole des sénateurs américains de la minorité est sacrée. Le *filibustering* ne peut être mis en échec que par un vote des trois cinquièmes.

SECTION II LA REPRESENTATION

§1 Le principe représentatif

A. Exposé du principe représentatif

La notion moderne de représentation, telle que Burke la définit, a pour corollaire une théorie de la souveraineté du Parlement – qui s'était imposée en Angleterre avec la Révolution de 1688 – ou une théorie de la Souveraineté nationale – qui est celle de la Révolution française, dont les conséquences sont analogues : elles établissent une « démocratie sans le peuple ». C'est-à-dire que le peuple se limite à désigner ses représentants. Ce sont eux, après, qui exercent, seuls (interdiction du mandat impératif), le pouvoir.

On sait que, par exemple en France, la Constitution de 1958 a rompu les dogmes de la souveraineté et de l'intangibilité des Assemblées. Mais il reste que cette conception élitiste ou du moins oligarchique de la représentation, propre à la démocratie libérale classique, a laissé des traces. C'est la structure même de la représentation qui induit l'oligarchie.

B. Critique du principe représentatif

On connaît la critique de Rousseau :

« La volonté ne se représente point ; elle est la même, ou elle est autre : il n'y a point de milieu » (CS, III, 15).

À cela fait écho la formule de Kelsen :

« Combien l'idée de représentation a peu d'affinités avec le principe démocratique, on le reconnaît au fait que l'autocratie se sert de la même fiction » (La démocratie : sa nature, sa valeur, Paris, Economica, 1988, p. 78).

On retrouve très souvent cette notion de *fiction* dès lors qu'il s'agit non seulement de dénoncer les contradictions entre démocratie et représentation, mais aussi le caractère illusoire de la démocratie elle-même. Kelsen relève à ce propos :

« La théorie de la représentation a pour rôle de légitimer le Parlement du point de vue de la souveraineté du peuple. Mais cette évidente fiction, destinée à dissimuler la réelle et considérable atteinte que subit l'idée de liberté du fait du parlementarisme, n'a, à la longue, plus pu remplir son office : elle a au contraire fourni aux adversaires de la démocratie l'argument que celle-ci se fonde sur une affirmation d'une fausseté flagrante [...]. Le caractère fictif de l'idée de représentation n'attira naturellement pas l'attention tant que dura la lutte de la démocratie contre l'autocratie [...]. Mais aussitôt que le

*principe parlementaire eut pleinement triomphé [...] il devenait impossible que la critique n'aperçût pas la grossière fiction dont était entachée la thèse – développée par l'Assemblée nationale française de 1789 – que le Parlement n'est en son essence rien d'autre qu'un corps représentant le peuple, dont seule la volonté s'exprimerait dans ses actes. Et ainsi, il n'y a pas lieu de s'étonner que, parmi les arguments qu'on produit aujourd'hui contre le parlementarisme, figure en première ligne la révélation que la volonté étatique dégagée par le Parlement n'est nullement la volonté du peuple, et que le Parlement ne peut exprimer cette volonté du peuple pour la simple raison que, d'après les Constitutions des Etats parlementaires, le peuple ne peut pas même exprimer une volonté – en dehors de l'élection du Parlement » (H. KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, pp. 40-41).*

La critique démocratique du régime représentatif, assimilé ici par Kelsen au régime parlementaire, a été développée en France par Carré de Malberg. Critiquant le fonctionnement des institutions de la III^e République, il y voit la persistance du concept antidémocratique des Constituants de 1791 selon lequel l'Assemblée a seule le pouvoir d'exprimer la volonté de la nation sans que le corps électoral puisse intervenir. À ce régime représentatif, caractérisé par la toute puissance de l'assemblée élue, il oppose le régime parlementaire. Ce dernier implique, notamment par le jeu de la dissolution, la nécessité d'une union et d'un accord permanent entre les élus et les électeurs. Il admet aussi la combinaison avec les procédures de démocratie directe (CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, rééd. CNRS, 1962, t. II, p. 316 et s.).

C. Nécessité du principe représentatif

Pour autant, il faut admettre que la démocratie directe est inadaptée à la dimension et à la diversité des tâches de l'Etat moderne. Dès lors, la représentation apparaît comme une nécessité.

Certes, comme l'a démontré Carré de Malberg, le principe représentatif peut se trouver privé de fondement démocratique dès lors que l'on pose que la représentation entraîne, de la part du peuple, abandon de ses droits aux représentants.

Mais le peuple n'est pas seulement un organe dont les pouvoirs s'épuiseraient avec la désignation des représentants. Entre les parlementaires et le peuple (ou plutôt le corps électoral), l'élection établit un lien de dépendance politique. Il résulte de l'action de l'opinion publique que si, d'un point de vue juridique, les représentants n'ont pas de compte

à rendre à leurs électeurs, ils se trouvent cependant sous leur contrôle permanent. Dès lors que l'on reconnaît au corps électoral non seulement la faculté d'élire ses représentants, mais aussi de les réélire, on lui confère réellement un pouvoir de décision. Selon René Capitant :

« Le peuple donne sa confiance aux représentants, il ne l'abandonne pas ».

§2 Les techniques de représentation

Comment traduire l'idéal « un homme, une voix » ? Les démocraties européennes ont cherché à mieux approcher l'idéal de justice dans deux directions : soit en recourant à la représentation proportionnelle, soit, dans le cadre du scrutin majoritaire, en définissant des circonscriptions équitables.

A. La représentation proportionnelle

La représentation proportionnelle a un avantage indéniable : elle permet une représentation fidèle des formations politiques et une présence réelle de l'ensemble des minorités politiques (sauf celles qui sont situées au-dessous d'un seuil minimal, préalablement défini).

On peut donner deux illustrations de la représentation proportionnelle en Europe, à travers les exemples allemand et italien.

a) La proportionnelle allemande

Le système électoral allemand est souvent qualifié, à tort, de système mixte, combinant le mode de scrutin majoritaire et la représentation proportionnelle. Ce n'est en réalité pas le cas.

Le système allemand est strictement proportionnel, mais la répartition des sièges s'effectue en partie selon les principes du scrutin uninominal.

L'électeur allemand dispose de deux voix.

La première lui sert à voter en faveur d'un candidat dans l'une des circonscriptions du pays. La seconde lui permet de voter pour la liste de son choix au niveau du *Land*.

Dans un tel système, l'électeur est libre de diviser son vote, c'est-à-dire de voter pour un candidat SPD et pour une liste CDU. Mais ce sont les voix obtenues par les listes qui sont en fait déterminantes pour l'attribution des sièges à chaque parti.

Après avoir totalité les voix obtenues par chaque parti au niveau fédéral, la répartition est effectuée selon le système d'Hondt et la ventilation des sièges opérée entre les *Länder*. On peut alors procéder à l'attribution individuelle des sièges. Sont d'abord désignés les candidats arrivés en tête dans leur circonscription. Puis chaque parti se voit soustraire le nombre de sièges obtenus du total que la répartition proportionnelle lui permet d'espérer. Les sièges attribués aux listes sont ainsi distribués de façon à ce que chaque formation obtienne un nombre de mandats proportionnel au nombre de voix obtenues par chaque liste. De sorte que si une formation est pénalisée par la première attribution, parce que ses candidats sont rarement arrivés en tête, la seconde attribution permettra de corriger l'injustice.

Le système allemand est intéressant en ce qu'il combine un principe d'équité avec le maintien d'une personnalisation du scrutin caractéristique des systèmes majoritaires.

b) L'Italie : de la proportionnelle intégrale au scrutin majoritaire corrigé

L'Italie est l'un des très rares pays à connaître un bicaméralisme égalitaire. Non seulement les deux chambres sont dotées des mêmes pouvoirs mais elles sont en outre élues selon des systèmes voisins.

Jusqu'en 1993, les députés et les sénateurs étaient élus au scrutin proportionnel intégral et le système utilisé favorisait jusqu'aux formations politiques minimales puisque le seuil exigeait pour leur représentation était très faible.

Après un référendum abrogatif relatif au système électoral du Sénat, il fut décidé de réformer les systèmes des deux Assemblées, Sénat et Chambres des députés. On a abouti à un système mixte assez complexe.

Conformément à l'attente exprimée par les citoyens à l'occasion du référendum abrogatif, il fallait instaurer un système majoritaire. Pour autant, le Parlement maintint une représentation proportionnelle importante, puisqu'elle sert pour l'attribution d'un quart des sièges des députés et des sénateurs.

En Italie, le système proportionnel a longtemps été assimilé à l'instabilité gouvernementale et à la partitocratie. Le système utilisé aujourd'hui est moins décrié.

Néanmoins, il permet à certaines formations de passer d'une coalition à l'autre, voire de faire encore basculer une coalition majoritaire.

B. Le scrutin majoritaire

Les mérites et les défauts du scrutin majoritaire sont, on le sait, l'exact réciproque de la représentation proportionnelle : s'il ne garantit pas une représentation fidèle des formations politiques, elle permet en revanche d'assurer la stabilité gouvernementale.

On donnera rapidement deux exemples du scrutin majoritaire, le Royaume-Uni et la France.

a) Le scrutin uninominal majoritaire simple anglais

Dans le système anglais, le principe majoritaire est très simple : est élu le candidat disposant d'une majorité relative, c'est-à-dire celui qui a obtenu le plus de voix : *the first pass the post*.

De sorte, effet pervers, que la majorité parlementaire dissimule le plus souvent une minorité électorale. Lors des élections législatives de 2001, le Parti travailliste a obtenu 40,7 % des suffrages et 62 % des sièges. Il a obtenu moins de voix aux dernières élections.

Le système, très injuste, étouffe de surcroît toute formation politique autre que celles des conservateurs ou des travaillistes. Les Libéraux-Démocrates, avec environ 20 % des voix, obtiennent très peu de sièges.

Ce système a cependant des qualités : la clarté des résultats, le choix des gouvernants, la stabilité gouvernementale.

b) Le scrutin uninominal majoritaire à deux tours français

1. Description

Depuis la fondation de la V^e République, et si l'on excepte la loi du 11 juillet 1985 qui organisa un scrutin proportionnel (ce fut le cas des députés élus en 1986), les députés sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours.

Est élu à l'issue du premier tour celui des candidats qui obtient la majorité absolue des suffrages exprimés.

Si aucun des deux n'y parvient, il est procédé à un second tour. Seuls peuvent se présenter au second tour les candidats ayant obtenu les voix au moins 12,5 % des inscrits. Est élu celui qui a obtenu la majorité relative. C'est-à-dire que, au contraire de l'élection du président de la République, il peut y avoir des triangulaires ou des quadrangulaires. Le cas statistiquement le plus fréquent est l'organisation d'un second tour entre deux candidats ; dans ce cas, c'est évidemment celui qui a obtenu la majorité absolue.

Ce système, contrairement au système anglais qui favorise le bipartisme, organisera une bipolarisation de la vie politique française.

2. Contrôle de la représentation égale du suffrage

α. Contrôle de l'équilibre démographique des circonscriptions

Prenons l'exemple français pour voir comment, en amont, est assurée l'égalité du suffrage dans un système de scrutin majoritaire. La crédibilité du régime représentatif ne dépend en effet pas seulement de l'égalité du droit de suffrage ; elle repose aussi sur un découpage des circonscriptions électorales qui assure une égalité de représentation.

En d'autres termes, non seulement chaque citoyen doit avoir une voix, mais cette voix doit avoir le même poids (ou presque) dans n'importe quelle circonscription : c'est-à-dire que tout député doit représenter une population plus ou moins équivalente dans chaque circonscription.

La règle fondamentale de la représentation politique est que les élus doivent être désignés « *sur des bases essentiellement démographiques* ». Ce principe a été posé pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans sa décision 85-196 DC du 8 août 1985 *Evolution de la Nouvelle-Calédonie*. Il s'applique à toutes les élections politiques, et donc aux législatives.

Le principe des bases démographiques n'est cependant pas absolu, ainsi que l'annonce l'adverbe « *essentiellement* ». Cela introduit la possibilité pour le législateur de « *tenir compte d'impératifs d'intérêt général* », susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale. Parmi les critères qui peuvent contribuer à la définition des bases de la représentation, le Conseil constitutionnel retient d'abord la règle selon laquelle chaque département, quelle que soit sa population, a droit à au moins deux députés. Il y a certes une atteinte au principe d'égalité de représentation (un député de Lozère représente 35 000 habitants, son collègue des Hauts-de-Seine 123 000) ; mais cette atteinte est justifiée selon

le Conseil par la nécessité d'« *assurer un lien étroit entre l'élu d'une circonscription et les électeurs* ».

β. L'efficacité du contrôle

Le Conseil définit de façon assez vague la politique de conciliation. Dès lors que l'équilibre démographique est qualifié de « *règle fondamentale* », les autres règles ne peuvent lui porter atteinte « *que dans une mesure limitée* » (C.C. 86-208 DC, 1^{er}-2 juillet 1986).

À cette politique correspond un instrument de contrôle : l'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil constitutionnel ne laisse pas le législateur totalement libre d'apprécier, comme il veut, la part respective à attribuer aux différentes règles constitutionnelles pour définir les bases de la représentation. Il vérifie que les divers impératifs d'intérêt général que le Parlement a pris en compte n'ont pas abouti, surtout quand ils sont cumulés, à ruiner la règle fondamentale du critère démographique ; que les atténuations et aménagements apportés à ce dernier n'ont pas dépassé manifestement « la mesure limitée » ; que les écarts de représentation ne sont pas disproportionnés de manière excessive.

C'est-à-dire en définitive que les atteintes au principe d'égalité démographique ne sont pas manifestement excessives ou injustifiables.

SECTION III LES PROCÉDES DE DEMOCRATIE SEMI-DIRECTE

Rappel : La **démocratie directe** est le régime dans lequel les citoyens exercent directement au sein d'assemblées populaires le pouvoir législatif et d'administration. Ce système postule donc une complète identité entre gouvernants et gouvernés et implique l'absence d'organes étatiques et la confusion entre les pouvoirs.

Les termes de « démocratie directe » qualifient maintenant les procédures référendaires qui coexistent avec les institutions représentatives. C'est ce que la doctrine classique désigne par la notion de **démocratie semi-directe**. C'est un régime réalisant une combinaison de la démocratie directe et de la démocratie représentative.

§1 Démocratie semi-directe et représentation

L'insertion des procédés de démocratie directe dans les systèmes de démocratie représentative a toujours été difficile. Le référendum est souvent perçu comme une arme dirigée contre le Parlement et les partis ; il retire en effet aux représentants le pouvoir de légiférer. Il est aussi quelquefois considéré comme un redoutable instrument de pouvoir personnel, voire de caricature. L'expérience bonapartiste française a rendu pendant longtemps suspecte la pratique référendaire. La conception gaullienne du référendum est, par ailleurs, critiquable, précisément parce qu'elle favorise le pouvoir personnel. Sans parler, bien évidemment, de l'utilisation faite par les régimes autoritaires du référendum.

Par ailleurs, la compatibilité du référendum de décision avec les principes du régime représentatif continue de soulever certaines difficultés du point de vue de la théorie juridique. Celles-ci sont résolues de manière pragmatique dès lors que c'est la Constitution elle-même qui décrète la coexistence entre principe représentatif et procédure de démocratie directe. C'est le cas de la France, de l'Italie, de l'Espagne et de la Suisse.

La crise du politique de ces dernières années a cependant redoré le blason de la technique référendaire. Ce renouveau a été soutenu par plusieurs courants de réflexion critique sur la démocratie représentative traditionnelle.

Le phénomène n'est d'ailleurs pas nouveau. La combinaison de procédures de démocratie directe avec le régime représentatif a été l'une des propositions développées, dans l'entre-deux-guerres par Kelsen et Carré de Malberg, pour favoriser une démocratie plus réelle et contrecarrer la tendance à la souveraineté des Assemblées parlementaires.

En Europe occidentale, le référendum de décision à l'échelon national n'existe constitutionnellement qu'en France, en Suisse, en Italie et en Espagne. On notera que si le référendum est prévu par la LF allemande, il n'est pas utilisé. Cela est dû bien évidemment à des raisons historiques : l'utilisation du plébiscite par Hitler.

§2 Les techniques de la démocratie semi-directe

On distingue traditionnellement trois instruments : l'initiative populaire, le veto populaire et le référendum au sens strict.

L'initiative populaire

C'est l'acte par lequel une fraction du corps électoral intervient pour proposer une loi ou une révision constitutionnelle. L'initiative peut se présenter sous la forme d'un projet entièrement rédigé ou d'énoncé de simples principes. Par ailleurs, l'initiative peut être suivie soit d'une procédure parlementaire classique (non obligatoire), soit sous la forme d'un référendum. En Suisse, l'initiative populaire n'existe au niveau fédéral qu'en matière constitutionnelle et non législative, mais elle peut avoir pour objet de susciter une initiative législative des autorités fédérales. En Italie, l'initiative existe en matière législative mais elle n'a pas d'effet contraignant et le Parlement peut ne pas la prendre en considération.

Le veto populaire

C'est la décision prise par le corps électoral de refuser qu'une loi normalement adoptée par le Parlement (ou éventuellement qu'une mesure administrative), *et qui lui est soumise pour sanction*, entre en vigueur ou continue d'avoir des effets juridiques.

Si le veto est facultatif, il doit être opéré dans un délai limité depuis la date de l'édition ou de l'entrée en vigueur de l'acte. C'est ce qui différencie le veto facultatif du référendum abrogatif. Le veto obligatoire intervient le plus souvent en matière constitutionnelle.

Référendum au sens strict et consultation

Définition :

On distingue le référendum au sens strict, c'est-à-dire un référendum décisionnel (ce qui est un pléonasme), d'une simple *consultation* populaire, qui n'a pas elle d'effet obligatoire pour les autorités qui convoquent le corps électoral (exemple : consultation organisée en Espagne pour le projet de traité européen portant Constitution de l'UE).

Le *référendum* peut se définir comme une expression de la volonté du corps électoral qui fait partie du processus d'élaboration de l'acte constitutionnel, législatif ou, le cas échéant, administratif.

Les consultations sont organisées normalement avant la phase parlementaire. C'est le cas dans les pays qui s'en tiennent au principe de la compétence législative exclusive du Parlement, comme la Grande-Bretagne ou la Suède.

En Suisse, au contraire, tous les référendums sont décisionnels, c'est-à-dire des référendums au sens strict. On les appelle des votations.

Matières sur lesquelles peut porter le référendum

Le référendum peut porter sur l'adoption d'une Constitution (*référendum constituant*), sur sa révision (*référendum de révision constitutionnelle* : on le trouve par exemple en France, article 89, ou en Italie, article 138) ou sur une loi ordinaire (*référendum législatif*, souvent en matière de loi de ratification d'un traité international)

Référendums obligatoire et facultatif (ou d'initiative)

Le *référendum obligatoire* est celui qui est imposé de plein droit par la Constitution dans certaines hypothèses : c'est le cas, en Suisse, de tout processus constituant. En France, le référendum de révision constitutionnelle n'est obligatoire, selon l'article 89, que si la proposition de réviser la constitution émane du Parlement.

Le *référendum facultatif (ou d'initiative)* procède d'initiatives diverses.

Ce peut être l'*initiative populaire* (cas en Italie du référendum abrogatif d'initiative populaire de l'article 75 ou du référendum de révision constitutionnelle déclenché par initiative populaire de l'article 138).

Ce peut être à l'*initiative de collectivités territoriales* (cantons en Suisse, régions en Italie)

Ce peut être aussi l'*initiative des organes du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou celle de leur compétence conjointe*.

Dans le cas des référendums d'initiative de compétences conjointes, on trouve l'exemple de la France, article 11 où le référendum peut être d'initiative parlementaire après une décision de la majorité mais avec l'accord du chef de l'Etat, donc compétence conjointe).

Le référendum d'initiative parlementaire devient référendum abrogatif lorsqu'il est demandé par l'opposition. C'est une faculté donnée à un tiers au moins des députés en Irlande ou au Danemark

Le référendum à l'initiative de l'exécutif peut résulter d'une compétence discrétionnaire ou d'une compétence conjointe avec le Parlement.

Compétence conjointe : cas du référendum de révision constitutionnelle de l'article 89 en France ; cas des consultations pratiquées en Grande-Bretagne, en Suède et en Espagne.

Compétence discrétionnaire : article 11. C'est celui qui soulève le plus de controverses en raison de ses connotations plébiscitaires et antiparlementaires.

TITRE II ETAT DE DROIT ET CONSTITUTIONNALISME

La limitation des pouvoirs s'est réalisée par l'obligation faite au pouvoir politique (et d'abord à l'exécutif) de se soumettre à un corps de règles supérieures garantissant au citoyen le respect des libertés et la garantie des procédures. Du *Bill of Rights* conquis progressivement par le Parlement britannique et formalisé en 1689 jusqu'aux amendements successifs à la Constitution américaine, de l'Etat de droit en France au *Rechtsstaat* allemand, toute une panoplie de règles solennelles (déclarations des droits, principes généraux du droit...) constitue aujourd'hui le corpus auquel adhèrent les démocraties occidentales, comme l'atteste par exemple la CEDH.

L'Etat de droit recouvre cependant des principes et des logiques institutionnelles qui dépassent le respect des libertés : il emporte également l'acceptation qu'un texte supérieur (la Constitution) puisse imposer ses règles et ses contraintes à l'ensemble des autorités publiques.

Cette politique de *self-restraint* du pouvoir politique peut être garantie par des procédures et des règles rigoureuses (telles que les règles de révision de la Constitution), mais surtout par la conviction des citoyens et des élites que le respect du texte suprême et de l'ordre qu'il instaure constitue la base essentielle du consensus et de la stabilité politique.

Aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, l'Etat de droit est accepté et intégré par les citoyens et les élites depuis le XVIII^e siècle. Il y a une réelle mystique de la Constitution et de la Cour suprême aux Etats-Unis. En Grande-Bretagne, l'adhésion aux règles fondamentales est profonde ; il fait l'objet d'un consensus, même en l'absence de Constitution formelle.

La situation a été longtemps différente en Europe continentale. Il a fallu éprouver les désastres de la II^{de} Guerre Mondiale pour que l'idée de l'Etat de droit et de la Constitution soit pleinement admise. Ce fut tout d'abord le cas, évidemment, en Italie et en Allemagne, puis, plus difficilement, en France.

Dans les régimes démocratiques modernes, la notion de constitutionnalisme s'identifie avec la limitation pouvoir par la Constitution et, en définitive, avec la soumission de l'Etat au droit.

On verra, dans ces développements, ce que sont le constitutionnalisme (ou la primauté de la Constitution) et l'Etat de droit (Chapitre I) puis quelles sont les garanties de l'Etat de droit (Chapitre II).

CHAPITRE I LE CONSTITUTIONNALISME OU LA NOTION DE PRIMAUTE DE LA CONSTITUTION

C'est avec les Constitutions américaine de 1787 et française de 1791 que s'impose le concept dominant du constitutionnalisme moderne : la *rigidité*. Il signifie qu'une distinction est faite entre le pouvoir constituant, seul souverain, et les pouvoirs constitués (législatif, exécutif et, éventuellement, judiciaire).

Le pouvoir constituant se distingue du pouvoir législatif constitué tant par la procédure suivie (avec notamment l'existence de majorités qualifiées), que par ses compétences et par l'effet de ses actes. Mais il n'y a pas nécessairement de différence au point de vue organique : ce peuvent être les mêmes organes qui détiennent le pouvoir législatif et le pouvoir constituant à la fois.

C'est fréquemment le cas lorsqu'il s'agit du pouvoir constituant dérivé auquel il incombe de réviser la Constitution existante suivant les règles qu'elle a elle-même instituées. Le cas du pouvoir constituant originaire est plus complexe.

Il se présente sous des formes variables, suivant les circonstances historiques :

- La Constitution nouvelle peut être élaborée en complète continuité avec la précédente. C'est le cas de la Suisse, avec la Constitution de 1999 ;
- Elle peut être aussi l'aboutissement d'un processus de transition pacifique et légale, mais sans continuité avec la précédente Constitution : c'est le cas de la Constitution espagnole de 1978 ;
- Elle peut être constituée à la suite de la conquête de l'indépendance, comme dans le cas américain en 1787 ;
- Enfin, l'élaboration de la nouvelle Constitution peut encore être déterminée par la disparition ou la caducité des institutions antérieures, déterminées par des circonstances historiques telles que la guerre : cas en Italie (Constitution de 1947) ou en RFA (Loi fondamentale de 1949).

La signification de la *rigidité* constitutionnelle est double : *stabilité et supériorité*

- 1) Elle doit assurer une certaine *stabilité* et consacrer ainsi La *stabilité* est garantie par les règles plus contraignantes relatives la procédure de révision ;
- 2) La *supériorité* des normes fondamentales sur les normes ordinaires implique que les actes contraires à la Constitution sont frappés de nullité juridique

La seule *exception* à la rigidité constitutionnelle se trouve en Grande-Bretagne. Le Royaume-Uni possède une Constitution au sens matériel du terme ; l'essentiel des règles en est d'origine coutumière, mais il existe aussi des règles écrites, et le Parlement peut les modifier à tout moment en adoptant une loi. Il n'y a donc pas de différence ni de hiérarchie entre loi constitutionnelle et loi ordinaire.

Pour autant, les principes de la Constitution britannique sont strictement respectés. Ce respect procède d'une « conscience constitutionnelle » impliquant le maintien de principes et de procédures facilement modifiables en droit en même temps qu'intangibles dès lors que l'opinion continue d'y adhérer. Ce modèle de Constitution non écrite et donc non rigide est unique dans les démocraties occidentales.

CHAPITRE II LES GARANTIES DE L'ETAT DE DROIT

Pour que l'on soit en présence d'un Etat de droit, il faut certes que l'opposition ait un rôle voire un statut. Il faut aussi que soit assurés l'indépendance de la fonction juridictionnelle et le respect de droits fondamentaux.

SECTION I L'INDEPENDANCE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

La séparation des pouvoirs n'est essentielle à la liberté et, plus généralement, à l'Etat de droit, que si elle s'entend de la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire. C'est Montesquieu, et non pas Locke qui distingue, en tant que pouvoir, la puissance de juger de celle de faire les lois et de la puissance exécutive.

L'indépendance de la fonction juridictionnelle était une réalité dans l'Angleterre, modèle de Montesquieu. Elle existait aussi en France, du fait de la patrimonialité des charges. La souveraineté des Cours avait comme effet pervers leur immixtion dans l'exercice des pouvoirs législatifs et d'administration.

En réaction contre ces empiètements, la loi des 16-24 août 1790, réitérée par le décret du 16 fructidor an III, affirme que « les fonctions judiciaires sont toujours distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ». Cette loi servira à justifier l'origine de l'existence en France d'un système de double juridiction.

La séparation a été envisagée dans la tradition française comme étant destinée à protéger l'administration contre le juge. Ce paradoxe a longtemps eu pour effet d'occulter le fait que la juridiction administrative française s'est assez rapidement imposée comme indépendante du pouvoir exécutif. La loi du 24 mai 1872 a consacré cette évolution en constituant le Conseil d'Etat en juridiction souveraine.

De manière générale, dans les démocraties contemporaines, l'indépendance de la fonction juridictionnelle est assurée, qu'il y ait unité de juridiction (comme dans les systèmes anglo-saxons) ou pluralité d'ordre juridictionnelle, comme dans la plupart des démocraties du continent européen.

SECTION II LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

Les régimes démocratiques garantissent aujourd'hui l'existence des droits individuels et des libertés publiques. Ces droits et libertés sont essentiels au fonctionnement de la démocratie, dont le principe est que l'opinion doit pouvoir se former et se modifier sans contrainte : la liberté individuelle est la condition de la liberté politique. Toutes deux impliquent la liberté d'opinion, d'expression, d'information, de réunion et d'association, qui sont les conditions pour la formation de la volonté populaire.

Les techniques de protection des libertés sont donc essentielles. La plupart des démocraties proclament les droits fondamentaux dans leur Constitution même. En Grande-Bretagne, ils sont l'objet de ses textes constitutionnels les plus anciens : l'acte d'*Habeas corpus* (1679) et le *Bill of Rights* (1689). À la fin du XVIII^e siècle, les droits fondamentaux sont proclamés solennellement par la Déclaration d'indépendance américaine de 1776 et par la Déclaration française de 1789, qui précédera la Constitution de 1791.

Le *Bill of Rights* américain et le titre premier de la Constitution française comportent des injonctions au pouvoir législatif de ne pas porter atteinte aux droits garantis. Mais la

Constitution française laissait cette prohibition sans sanction possible et donnait d'autre part au corps législatif le pouvoir de réglementer les conditions d'exercice et finalement de déterminer la consistance même des libertés qu'il prétendait garantir.

C'est la conception même du législateur comme pouvoir souverain qui fait mesurer l'écart entre les deux conceptions, française et anglo-saxonne, des droits fondamentaux.

Dans ses *Réflexions sur la Révolution en France* (1790), Burke met en évidence cet écart de conception entre des droits fondamentaux concrets, garantis et protégés par le juge, et les droits abstraits de la Déclaration de 1789. Carré de Malberg remarque :

« pas plus que la Constitution de 1791, nos Constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des Français. Leurs dispositions à cet égard s'analysent, comme celles de la Déclaration de 1789, en des énonciations de principes plutôt qu'en des consécutions expresses d droits, c'est-à-dire de pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être évoqués par les intéressés devant le juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect » (La loi, expression de la volonté générale, Paris, rééd. Economica, 1984, p. 120).

La situation est restée comparable dans la plupart des démocraties européennes jusqu'à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

On peut distinguer trois systèmes qui fondent les techniques de protection des droits fondamentaux :

1) Le premier, dont il vient d'être question, est celui où les droits n'ont pas d'autre valeur que celle de la loi ordinaire. Dans la plupart des démocraties avant la II^e Guerre mondiale, la proclamation des droits par la Constitution y restait sans portée réelle dès lors que le législateur n'avait pas adopté les textes destinés à organiser les principes proclamés et cette intervention se faisait sans contrôle de conformité à la norme fondamentale.

Ne relèvent encore aujourd'hui de ce système que deux démocraties en Europe : la Grande-Bretagne et la Suisse (où le contrôle de constitutionnalité du Tribunal fédéral ne vise que les lois cantonales, mais où les lois fondamentales sont soumises au référendum d'abrogation sur initiative populaire).

2) Le deuxième système, aujourd'hui le plus répandu, est celui où la plupart des droits fondamentaux ont effectivement valeur constitutionnelle. Dans ce système, la violation des droits et libertés garantis par la Constitution elle-même équivaut à une violation de la Constitution et est sanctionnable comme telle par le juge constitutionnel.

Cette sanction peut se heurter à la difficulté qui résulte du caractère éventuellement contradictoire des droits proclamés successivement par des textes ayant valeur constitutionnelle : telle est le cas en France où les droits énoncés par le préambule de la Constitution de 1946, intégré à la Constitution de 1958, ne s'accordent pas toujours avec ceux qui sont proclamés par la Déclaration de 1789. Il en résulte un pouvoir accru du juge constitutionnel dans l'interprétation des normes fondamentales et un risque plus grand de dérive vers le « Gouvernement des juges ».

3) Le troisième système consiste à proclamer la valeur supraconstitutionnelle des droits déclarés. Cela implique l'interdiction de toute atteinte par le pouvoir constituant lui-même. Cette méthode revient à nier le concept de souveraineté, excluant toute intervention de l'Etat dans le domaine des droits fondamentaux. Elle postule ainsi l'acceptation d'une philosophie du droit naturel (qu'elle soit ou non d'inspiration religieuse).

La protection des droits fondamentaux par la reconnaissance de leur valeur supraconstitutionnelle est reconnue, d'une manière limitée, en Allemagne. L'article 79-3 LF prévoit en effet « qu'est inadmissible un amendement de la présente Loi fondamentale qui affecterait [...] les principes énoncés aux articles 1^{er} et 20 ». L'article 1^{er} proclame la dignité de l'homme, lui reconnaît des droits individuels et imprescriptibles et précise que les droits fondamentaux énoncés aux articles 2 à 19 lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable.

L'énoncé et la consistance des droits fondamentaux peuvent donc faire l'objet d'une intervention du pouvoir constituant dérivé, mais non les principes de leur existence et de leur caractère normatif directement applicable.

SECTION III L'INSTRUMENT DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

§1 La difficile émergence de la justice constitutionnelle en Europe

La primauté de la Constitution sur les autres normes ne peut être effectivement assurée que par l'existence d'un pouvoir (de nature juridictionnelle) de vérifier la conformité de tous les actes de la puissance publique à la Constitution.

Ce contrôle juridictionnel est admis dans tous les Etats de droit en ce qui concerne les actes du pouvoir exécutif ou ceux du pouvoir judiciaire.

En revanche, le contrôle des actes du pouvoir législatif à la Constitution s'est heurté à des obstacles et à des difficultés qui ont trouvé des solutions différentes selon les Etats.

Le contrôle de constitutionnalité s'est heurté à un obstacle d'ordre psychologique : dans la plupart des Etats, il y avait une *confusion organique* entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif, même si une différence fonctionnelle était clairement établie.

Il y a eu, par ailleurs, une sacralisation du pouvoir législatif, confondu souvent avec le pouvoir constituant. C'est le phénomène auquel on a assisté en France. La déclaration des droits de 1789, qui précédait la première Constitution française au sens moderne du terme, celle de 1791, définit la loi comme l'« *expression de la volonté générale* ». C'est le concept rousseauiste qui est ici consacré et, avec lui, le législateur se voit érigé en pouvoir souverain.

Comme l'a montré Carré de Malberg, cette conception enlève à la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sa base principale qui est la reconnaissance d'une volonté supérieure à celle du pouvoir législatif. C'est pourtant cette conception qui a prévalu, au moins jusqu'en 1958.

Au XIX^e, dans les régimes de monarchie limitée, en Allemagne et en Autriche, c'est une notion analogue du principe de souveraineté, non plus du principe parlementaire, mais du principe monarchique, qui fait obstacle à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

De sorte que le contrôle de constitutionnalité reste, durant le XIX^e siècle, une particularité du droit constitutionnel américain (arrêt *Marbury vs Madison* de 1803). Il n'a d'ailleurs eu que peu de succès en Europe, à l'exception des pays scandinaves et de la Grèce.

Le contrôle par le juge ordinaire n'a pas pu s'imposer en Europe en raison d'une particularité des pays européens. Il y a chez la plupart d'entre eux une *pluralité de juridictions* : l'Italie, la France, l'Autriche, la Belgique, le Portugal et l'Espagne comptent deux ordres de juridictions, la RFA cinq.

L'absence d'*unité de juridiction* est en effet préjudiciable à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité diffus, comme aux Etats-Unis ou dans les pays de *common law*. Le système peut alors fonctionner parce qu'il n'y a pas de risque de divergence d'interprétation des règles constitutionnelles entre les différents ordres de juridiction. En d'autres termes, la justice constitutionnelle ne se divise pas : soit elle est diffuse, mais au sein d'un appareil juridictionnel unique coiffé par une seule Cour suprême (cas des pays anglo-saxons), soit elle est concentrée aux mains d'une juridiction constitutionnelle unique.

Le contrôle par le juge ordinaire n'ayant pas pu s'imposer, c'est un nouveau type de contrôle que préconise Kelsen. L'auteur autrichien considère que le contrôle de constitutionnalité ne peut être exercé que par un organe indépendant du Parlement : une juridiction constitutionnelle spécialisée, dotée d'un statut constitutionnel lui garantissant son indépendance.

Le premier exemple de juridiction constitutionnelle se trouve en Autriche, où la Constitution de 1920 a prévu, pour la première fois, une Cour constitutionnelle, c'est-à-dire un organe de justice constitutionnelle concentré. Ce modèle s'est progressivement imposé dans la quasi-totalité des démocraties européennes. La nécessité d'établir plus solidement l'Etat de droit par une primauté incontestée des normes constitutionnelles, et en particulier les lois relatives aux libertés publiques, s'est davantage imposée après l'expérience des dérives des régimes parlementaires allemand et italien vers le totalitarisme. Il faut noter que ces dérives ont été accomplies dans le respect du principe démocratique de majorité. Le prestige du législateur en a été très affaibli.

C'est d'ailleurs pourquoi les premières Cours constitutionnelles européennes (après la Cour autrichienne, rétablie en 1945), sont les juridictions constitutionnelles italienne, créée par la Constitution de 1947, et allemande, instituée par la Loi Fondamentale de 1949. Ce modèle a également inspiré le Constituant espagnol de 1978, qui a rétabli la démocratie après la mort de Franco. Depuis le rapprochement progressif du Conseil constitutionnel (à partir de 1971 avec la décision Liberté d'association), le modèle kelsénien a donc triomphé en Europe.

Ce n'est pas seulement le dogme de la loi « *expression de la volonté générale* » qui est remis en cause, et donc les conséquences dont était porteuse la doctrine rousseauiste de la

démocratie (suprématie de la majorité...), c'est aussi la notion même de souveraineté. Souveraineté et constitutionnalisme sont en effet incompatibles. Certes, le pouvoir constituant demeure souverain. Mais il cesse d'être le seul qui permette à la norme constitutionnelle d'évoluer et de s'adapter. Dans les pays où la rigidité de la Constitution est extrême (comme aux EU), et où cette rigidité pourrait engendrer une incapacité d'adaptation de l'ordre normatif aux réalités sociales, le rôle du juge constitutionnel vient pallier ces inconvénients. Il va permettre une évolution de l'ordonnement constitutionnel.

Mais même dans les pays où la procédure de révision constitutionnelle est relativement simple (RFA), le rôle du juge constitutionnel est essentiel : la concrétisation de la supériorité de la norme constitutionnelle à l'égard d'une loi particulière donne nécessairement lieu à une interprétation des normes fondamentales que le juge constitutionnel est le mieux apte à donner. Le rôle interprétatif du juge en vient ainsi à acquérir plus d'importance dans l'évolution de la Constitution que le pouvoir constituant dérivé.

§2 Les caractéristiques communes des Cours constitutionnelles européennes

On notera tout d'abord que les pays européens sont tous des démocraties où la forme de gouvernement est parlementaire. Il n'y a pas d'exemple probant de régime présidentiel. Mais l'essentiel n'est pas là. On va tout d'abord insister sur les conditions d'existence des juridictions constitutionnelles, puis on insistera sur l'attribution principale commune qu'est le contrôle de constitutionnalité des lois.

A. Conditions d'existence des juridictions constitutionnelles

a) Le monopole du contentieux constitutionnel

La justice constitutionnelle est concentrée aux mains d'une juridiction spécialement constituée à cet effet et qui jouit d'un monopole en ce domaine. Les juges ordinaires ne peuvent donc pas connaître du contentieux réservé à la Cour constitutionnelle.

Les attributions des différentes Cours constitutionnelles ne sont pas toutes les mêmes ; mais le plus petit dénominateur commun entre elles, c'est le contentieux de

constitutionnalité des lois (et, dans une moindre mesure, des traités), c'est-à-dire des actes fondamentaux.

b) Une désignation de juges non-magistrats par des autorités politiques

Les Cours constitutionnelles, à la différence des juridictions ordinaires, ne sont pas composées de magistrats de carrière. Ils peuvent être choisis aussi parmi les professeurs de droit, les avocats, les fonctionnaires... Kelsen recommandait qu'il soit fait une « place adéquate à des juristes de profession ». Place *adéquate*, pas *exclusive*. Il admettait donc la présence de non-spécialistes, par exemple de personnalités politiques.

L'intervention des autorités politiques dans la désignation des juges constitutionnels n'est pas une tare. Elle est au contraire une qualité, dans la mesure où ce type de désignation renforce leur légitimité et rapproche le système européen du système américain.

Si l'on compare la composition des diverses Cours constitutionnelles, on s'aperçoit qu'il y a beaucoup de ressemblances : les autorités politiques ont désigné des juges proches, ou relevant de leurs tendances politiques, et en fait, en Allemagne, en Italie, en Espagne, en France, les deux ou trois principaux partis politiques se partagent les choix. En outre, les origines des membres sont très semblables, avec comme caractéristique majeure la proportion importante de professeurs d'université.

c) Une véritable juridiction

Les Cours constitutionnelles sont de véritables juridictions en ce qu'elles disent le droit avec autorité de chose jugée et que ses déclarations d'inconstitutionnalité peuvent aboutir à des annulations avec effet *erga omnes*. Ce ne serait pas le cas si la Cour devait renvoyer la loi au Parlement sans pouvoir l'annuler elle-même. Inversement, si la Cour pouvait officiellement réécrire la loi et substituer ses dispositions aux dispositions législatives, elle ne serait plus à proprement parler une juridiction, mais un co-législateur.

d) Une juridiction hors de l'appareil juridictionnel

C'est la différence fondamentale entre une Cour suprême et la Cour constitutionnelle : alors que la première est nécessairement (d'où son nom) placée au sommet d'un édifice juridictionnel, la seconde est placée hors de tout appareil juridictionnel.

On peut appliquer les propos d'un auteur italien Vezio CRISAFULLI relatif à la Cour constitutionnelle italienne à toutes les juridictions constitutionnelles européennes. L'auteur estimait que la Cour constitutionnelle italienne :

« n'entre pas non seulement dans l'ordre judiciaire, mais même pas dans l'organisation juridictionnelle au sens le plus large du terme : ... la Cour constitutionnelle... reste en dehors des pouvoirs étatiques traditionnellement connus ; elle forme un Pouvoir indépendant dont le rôle consiste à assurer le respect de la Constitution dans tous les domaines » (RDP, 1968, p. 130).

Kelsen l'avait d'ailleurs souligné : l'organe chargé de faire respecter la Constitution ne peut être assimilé à l'un des pouvoirs qu'il contrôle.

B. Attribution commune : le contrôle concentré de constitutionnalité des lois

On l'a dit, il n'y a pas de justice constitutionnelle, et donc pas de juridiction, sans cette attribution centrale du contrôle de constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de la soumission de la volonté du Parlement au respect de la règle de droit (formelle ou de fond).

Les formes de contrôle

Elles sont apparemment diverses. Mais, en définitive, on peut tout regrouper autour des notions de contrôle *abstrait* et de contrôle *concret* des normes, ou bien de contentieux *objectif* et de contentieux *subjectif*.

Le contrôle *abstrait* des normes est essentiellement celui qui est déclenché par des autorités politiques ; et peu importe qu'il l'ait été *a priori* ou *a posteriori*, car il s'agit toujours d'un contentieux *objectif*, s'agissant d'un procès fait à un acte juridique, c'est-à-dire à la loi¹. Si Kelsen préconisait un contrôle abstrait *a priori*, peu de pays, à l'exception de la France, observent ce schéma. En effet, en Allemagne, en Autriche, en Italie ou en Espagne, ce contrôle *a priori* occupe une place résiduelle par rapport au volume de l'activité générale de la Cour.

Le contrôle *concret* des normes apparaît ainsi comme le contrôle privilégié. Mais en fait, c'est surtout le cas en Italie. Pour autant, on peut affirmer qu'il s'agit là aussi d'un

¹ Que le contrôle ait lieu avant ou après la promulgation ne changerait pas car la loi existe dès l'instant qu'elle a été votée et la promulgation n'ajoute rien.

« Il suffit que les chambres aient décidé de l'adoption d'un texte pour que leur législation soit parfaite, au point de vue des effets obligatoires qu'elle est destinée à produire » (CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, pp. 147-148).

contentieux objectif, dans la mesure où le procès incident échappe aux parties et où la décision rendue sur ce recours a un effet *erga omnes*. Par ailleurs, en Italie, on considère que le véritable requérant est le juge *a quo*, c'est-à-dire finalement une autorité publique.

Restent alors deux types de recours qu'il est difficile de classer : le recours constitutionnel : le recours constitutionnel allemand et l'*amparo* espagnol. Dans ces cas, le problème de constitutionnalité d'une loi peut être portée devant la Cour à l'initiative de la Cour elle-même qui se saisit d'office à partir du cas d'espèce. On considère ainsi que le recours constitutionnel allemand remplit une fonction objective, « celle de permettre au juge constitutionnel d'assurer la mise en jour du droit constitutionnel ».

§3 La mission des Cours constitutionnelles : protéger les droits et libertés

La protection des droits fondamentaux contre le législateur est évidemment la première des fonctions des Cours constitutionnelles européennes. C'est logique puisque dans les systèmes européens, ce sont les seules à même d'assurer cette tâche. Les juges ordinaires – comme par exemple le Conseil d'Etat en France – peuvent remplir ce rôle à l'égard des actes administratifs même les plus élevés ; mais seul le juge constitutionnel peut le faire à l'égard du législateur.

Cette mission des Cours s'exerce par rapport à un texte de référence plus ou moins lointain (la DDH de 1789 en France depuis 1971) ou proches (l'après II^{nde} Guerre Mondiale pour l'Italie et l'Allemagne) dont le contenu est hétérogène.

Certaines dispositions sont très précises, d'autres ne sont que de généreuses proclamations. C'est notamment le cas des droits « économiques et sociaux ». Tant en Italie (Constitution de 1947) qu'en France (préambule de 1946), il est apparu nécessaire d'inclure l'ensemble des préambules ou proclamations dans les normes de référence, même si, en raison de leur imprécision ou de leur généralité, il n'est pas possible d'en tirer les mêmes conséquences concrètes.

Face à ces dispositions générales, un travail d'interprétation est nécessaire. Cette fonction des juges constitutionnels a souvent été critiquée, car elle suppose évidemment une démarche créatrice. Elle heurte deux conceptions fortement ancrées dans les démocraties occidentales : le principe de souveraineté parlementaire et celui du rôle « passif » du juge, qui dit le droit mais ne saurait le créer.

Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande se réfère à la théorie des « normes constitutionnelles ouvertes », que le juge interprète, et au principe de proportionnalité, selon lequel la constitutionnalité des actions de l'Etat requiert qu'elles soient « nécessaires, appropriées et non excessives ».

Le juge français s'est également orienté dans cette fonction de construction prétorienne avec le recours aux « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Mais l'efficacité et la portée de la protection des droits fondamentaux dépendent également pour partie de la hardiesse des juges dans l'interprétation de la Constitution.

PARTIE II LA RATIONALISATION DU POUVOIR DANS LES REGIMES PARLEMENTAIRES

Il ne s'agit pas ici d'évoquer simplement les mécanismes du parlementarisme rationalisé. Il s'agit d'évoquer l'ensemble des processus qui ont engendré une rationalisation de l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire une technicisation, une spécialisation et certains iront même jusqu'à dire une confiscation. Pourquoi, cependant, une rationalisation du pouvoir a-t-elle été jugée utile ? Tout simplement parce que les tâches confiées à l'Etat se sont multipliées et qu'elles nécessitent plus d'efficacité dans l'action ainsi que des moyens croissants.

Les deux mécanismes complémentaires et fondamentaux des régimes démocratiques européens sont le contrôle par le Parlement du Gouvernement, en raison de la responsabilité de ce dernier et la collaboration entre ces deux pouvoirs. Ces deux aspects complémentaires vont être évidemment touchés par l'exigence de rationalisation au nom de la recherche de l'efficacité gouvernementale. C'est en effet le Gouvernement qui est considéré comme la structure la plus adaptée pour l'action. Mais, dans un régime parlementaire, c'est le Parlement qui détient la légitimité démocratique et qui, de ce fait, est puissant. Quand ce n'est pas pour faire, c'est-à-dire pour légiférer, c'est alors au moins pour empêcher de faire le Gouvernement.

Pourtant, plusieurs pays ont été confrontés durant la première moitié du XX^e siècle à certains effets pervers de la toute puissance parlementaire qui allaient jusqu'à empêcher le Gouvernement d'agir efficacement.

C'est pourquoi, logiquement, les premiers efforts de rationalisation ont visé à discipliner l'action du Parlement. Ensuite, après la seconde guerre mondiale, on a assisté à une deuxième vague de rationalisation visant à augmenter les pouvoirs du Gouvernement pour rééquilibrer, souvent à son profit, les rapports qu'il entretient avec le Parlement. Le problème de la rationalisation du pouvoir est qu'il faut concilier l'exigence d'efficacité avec celle de la démocratie. Suivant les pays, l'un ou l'autre de ces objectifs prévaudra et la rationalisation tant du contrôle que de l'action sera alors plus ou moins poussée.

CHAPITRE I LA RATIONALISATION DU CONTROLE

L'idée initiale de la division des pouvoirs c'est l'équilibre des pouvoirs. Montesquieu voulait que chacun d'eux puisse modérer l'autre, en agissant sous le contrôle de l'autre. C'est l'origine du contrôle de l'activité gouvernementale par le Parlement. On considère dans un régime parlementaire que la véritable puissance des Assemblées est fonction des moyens de contrôle dont elles disposent. Ces moyens de contrôle peuvent être assortis de sanction. On connaît la sanction la plus grave : c'est la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement par une Assemblée.

Ce pouvoir de sanction appartient normalement à une majorité des membres composant une Assemblée. Le problème c'est que, dans certains régimes sans majorité solide, avec multipartisme, cette sanction peut être détournée par une agrégation de minorités dont la réunion ne fait pas pour autant une majorité alternative de Gouvernement.

On sait que le régime parlementaire est né au Royaume-Uni. On sait aussi que seuls deux partis exercent, dans ce pays, la réalité du pouvoir, à l'exclusion de tout autre, en raison du système électoral. C'est le règne du bipartisme. Dans un tel système, il est évident qu'il ne peut y avoir de détournement de la procédure de contrôle du Gouvernement. Par hypothèse, si un Gouvernement est renversé, c'est qu'une partie de la majorité s'est alliée avec la minorité. Cette alliance forme une alternative suffisamment stable.

Le modèle anglais nous présente donc un parlementarisme rationnel. Il n'est cependant pas généralisable, faute d'emprunter le mode de scrutin britannique, favorisant le bipartisme (scrutin uninominal majoritaire à un tour). Dans tous les pays où il n'y a pas de majorité « évidente », c'est-à-dire qui ne sort pas, toute faite, des urnes, le multipartisme est dominant. Il va produire des crises ministérielles résultant de la perte de confiance du Gouvernement...

C'est ici que vont intervenir les mécanismes de rationalisation, destinés à raréfier les crises ministérielles, pour permettre à un Gouvernement de pouvoir effectivement mener son œuvre.

Mais il faut signaler que dans certains pays, les conséquences du multipartisme, c'est-à-dire les crises à répétition, sont acceptées. C'est notamment le cas des Pays-Bas, mais aussi, pendant très longtemps (jusqu'au milieu des années 1990), de l'Italie. Sa Constitution a pourtant été élaborée en 1946, c'est-à-dire au moment où le mouvement de rationalisation est très fort. Mais c'est alors la démocratie, ou plutôt la conception qu'on a de la démocratie et du rôle des partis politiques, qui prédomine. Aux Pays-Bas, aucun mécanisme de rationalisation n'a été prévu.

Ailleurs, en revanche, on a rejeté certaines conséquences du multipartisme. La captation du pouvoir de contraindre le Gouvernement à la démission par des minorités ou des majorités négatives est alors considérée comme un dérèglement du système. Les mécanismes de rationalisation du contrôle ont pour objet d'éviter ces dérives.

Rappelons les termes du problème. Dans un régime parlementaire, les pouvoirs dont dispose un le Parlement sur le Gouvernement sont l'exact réciproque de ceux dont dispose le Gouvernement sur le Parlement. Traduisons : le Parlement peut refuser la confiance au Gouvernement et le contraindre à démissionner ; réciproquement, le Gouvernement peut susciter la dissolution de la chambre basse du Parlement en général (seul le Gouvernement italien peut voir sa responsabilité engagée devant les deux chambres).

On a vu que le problème, dans un régime parlementaire caractérisé par le multipartisme, c'était, précisément, la fréquence des crises ministérielles. Les mécanismes de rationalisation viseront donc à s'assurer que la perte de confiance du Gouvernement n'est pas seulement présumée mais est avérée. En d'autres termes, toute manifestation du désaccord du Parlement ne sera pas assimilée à une perte de confiance entraînant l'obligation pour le Gouvernement de démissionner.

Il existe plusieurs degrés de rationalisation. Le premier est celui de la confiance présumée : le Gouvernement est présumé avoir la confiance du Parlement tant qu'elle ne lui pas été explicitement retirée. La manière de compter une majorité peut en effet varier. Alors que la majorité favorable peut être relative (majorité des votants), la majorité défavorable doit toujours être absolue (majorité des membres composant l'Assemblée).

Le deuxième degré de rationalisation est celui de la défiance constructive : le Parlement ne peut retirer sa confiance au Gouvernement qu'à condition de la transférer à un autre, c'est-à-dire en fait de proposer une véritable majorité alternative de Gouvernement.

Avant d'envisager ces différents mécanismes, il faut tout d'abord voir comment est formé un Gouvernement.

§1 La formation du Gouvernement

On peut distinguer les systèmes qui imposent une confiance avérée, c'est-à-dire où le Gouvernement ou son chef doit obtenir l'investiture parlementaire immédiatement avant ou après sa nomination, et les systèmes qui s'en tiennent à une confiance présumée.

Le choix de l'un ou l'autre des systèmes n'est pas indifférent. Il y a souvent une cohérence avec le degré de rationalisation choisi ou pratiqué.

Le système de la confiance présumée convient à un système bipartisan à l'anglaise. L'investiture formelle n'est alors pas nécessaire en raison du caractère automatique de la majorité.

Le système de la confiance avérée impose lui de clarifier les soutiens dont dispose le Gouvernement. La rationalisation se manifeste alors par le fait qu'on requiert une investiture par une majorité positive plus ou moins nette.

A. Les systèmes de confiance avérée

Une procédure formelle d'investiture ou un vote de confiance initial sont requis en Allemagne, Belgique, Espagne, Irlande, Portugal, Italie et Grèce. Il s'agit de rechercher une majorité et de faire bénéficier le chef du Gouvernement d'une légitimité forte.

Investiture du chef de Gouvernement

L'investiture ne concerne que le chef du Gouvernement en Allemagne et en Espagne. En Allemagne, le président fédéral désigne un candidat à la fonction de chancelier qui doit être élu par le Bundestag à la majorité de ses membres sans débat et au vote secret.

En Espagne, le Roi propose, après consultation des représentants des groupes parlementaires, un candidat qui doit être investi à la majorité absolue des membres du Congrès. Ces deux procédures sont très semblables.

Investiture du Gouvernement

Partout ailleurs, l'investiture ou le vote de confiance concerne l'ensemble du Gouvernement et intervient après sa nomination. Le système de rationalisation est très contraignant dans les conditions de majorité certaines fois requises ou dans l'encadrement du processus de désignation du chef de Gouvernement.

Ainsi, en Grèce, le processus de désignation du Premier ministre est très réglementé. Le président de la République n'a en effet aucune marge de choix. La Constitution lui impose de donner un mandat de formation du Gouvernement au chef du parti arrivé en tête en nombre de sièges lors des élections. En cas d'échec, le mandat échoit au chef du parti arrivé en deuxième position, puis au troisième. En cas d'échec persistant, le président de la

République doit convoquer les chefs de tous les partis parlementaires, et si l'impossibilité de former un Gouvernement jouissant de la confiance de la chambre est confirmée, un Gouvernement de tous les partis est nommé afin d'organiser de nouvelles élections. Le président dissout alors la chambre.

Le système est beaucoup moins contraignant dans les autres pays. La Constitution portugaise se contente de préciser que le président de la République nomme le Premier ministre en fonction des résultats électoraux, après avis des partis représentés au Parlement (art 190 1) et que le Gouvernement doit obtenir un vote de confiance sur son programme après un débat.

Si la procédure est très formalisée en Italie, c'est en raison des difficultés chroniques à y nommer les Gouvernements. Le président de la République consulte les présidents de chambres et des groupes parlementaires avant de confier à un candidat une mission exploratoire, qui peut se transformer en mission de préformation. Si les chances de succès sont réelles, un formateur est nommé qui doit proposer un Gouvernement qu'il présidera. Puis intervient la nomination proprement dite du président du conseil puis des ministres. Le Gouvernement doit ensuite obtenir un vote de confiance au scrutin public, par appel nominal (art 94 3).

B. Les systèmes de confiance présumée

Dans ces systèmes, il n'est pas prévu de procédure qui oblige le Gouvernement à obtenir un vote de confiance. Il en résulte que la nomination de Gouvernements minoritaires est possible. Le choix de faire échapper à la désignation du Gouvernement à la participation parlementaire a été le plus souvent délibéré.

En Grande-Bretagne, c'est la Reine qui nomme le Premier ministre mais, selon une convention de la Constitution, elle doit nommer le chef du parti majoritaire et n'a donc aucune marge de choix. Il s'agit d'un système d'élection indirecte dans lequel les aléas sont réduits au minimum puisque le bipartisme conjugué au mode de scrutin délivre des majorités homogènes, c'est-à-dire composées d'un seul parti. Il n'y a pas de négociations partisans, ni de compromis au niveau parlementaire. Le Parlement ne joue aucun rôle direct dans la formation du Gouvernement. Le rôle des partis est en revanche très important puisqu'ils choisissent leur leader et que la perte de qualité de chef du parti entraîne l'obligation de démissionner du poste de Premier ministre.

C. Les systèmes ambigus

La France se présente comme un régime dualiste dans lequel le Premier ministre est choisi et nommé par le président de la République (art 8). Ce choix est présenté comme discrétionnaire. En fait il ne l'est que si les majorités présidentielle et parlementaire concordent. Dans les trois cas de cohabitation, le président de la République a toujours choisi le Premier ministre dans le parti le plus important de la coalition majoritaire.

La question de savoir si un nouveau Gouvernement doit demander un vote de confiance est controversée. On considère généralement qu'il n'y a pas d'investiture obligatoire dans la mesure où la question de confiance sur un programme ou une déclaration de politique générale est présentée comme une faculté par l'art 49 al 1. Il faut néanmoins constater qu'à partir des années 1970, la pratique est systématique lors de l'entrée en fonction.

§2 La vérification de la confiance

Le Gouvernement, c'est la base de toute démocratie parlementaire, doit agir en accord avec le Parlement, à défaut de quoi il peut perdre le pouvoir. La responsabilité peut être individuelle ou collective. Quelques systèmes, considérant que toute action d'un ministre, même individuelle, doit être nécessairement rattachée à l'action de l'ensemble du Gouvernement, n'admettent que la responsabilité collective. C'est le cas de l'Allemagne, de l'Espagne, la France, l'Irlande, l'Italie et le Portugal.

D'autres connaissent les deux types de responsabilité ministérielle : Suède, Autriche, Danemark, Norvège, Pays-Bas, Grèce. Parfois, c'est le chef du Gouvernement qui apprécie si la mise en cause d'un ministre génère celle de l'ensemble du Gouvernement : c'est le cas en Grande-Bretagne.

La vérification de la confiance peut intervenir *soit* à l'initiative du Parlement, *soit*, au contraire, à celle du Gouvernement. On introduit donc une distinction entre l'initiative gouvernementale (la question de confiance) et l'initiative parlementaire (la motion de censure).

Il y a une dissymétrie, généralement constatée, quant aux majorités exigées en fonction de l'initiateur de la vérification de la confiance, Gouvernement ou Parlement. Le

Gouvernement n'a besoin que d'un vote à la majorité des votants quand c'est lui qui pose la question de confiance. Généralement, il faut au contraire un vote à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée pour démontrer que le Gouvernement a perdu sa confiance.

A. La question de confiance

Objet de la question de confiance

La question de confiance peut être posée ou non à propos d'un texte. Les deux possibilités sont prévues dans des pays comme la France, l'Allemagne ou l'Italie. En revanche, l'Espagne ne prévoit de question de confiance que sur le programme du Gouvernement ou sur une déclaration de politique générale (art 112). En France, il faut signaler que la question de confiance sur un texte fait l'objet d'une réglementation spécifique. Elle ne donne en effet lieu à aucun vote et le texte est réputé adopté à moins qu'une motion de censure soit déposée dans les 24 heures, selon les conditions posées par l'article 49 alinéa 3.

Procédure

Le recours à la question de confiance fait l'objet d'une délibération en Conseil des ministres en Espagne, France et Italie. Il faut signaler cependant que dans ce dernier pays, le développement en pratique de la question de confiance dite « officieuse » contourne cette réglementation ; il s'agit, pour le président du Conseil, de la possibilité de prendre l'initiative de la question de confiance en situation, c'est-à-dire à chaud, sans l'aval du Conseil des ministres.

Vote

La rationalisation se manifeste à ce niveau par le fait qu'il n'y a pas automatiquement de parallélisme entre le vote favorable à la confiance et le refus. La confiance est très généralement acquise à la majorité simple. En revanche, certains pays exigent une majorité qualifiée pour refuser la confiance : c'est le cas de l'Allemagne ou de la Belgique.

Effet du refus de confiance

Étonnamment, les effets du refus de confiance ne sont pas homogènes, selon que l'on se situe dans l'un des différents pays européens et n'obligent pas nécessairement le Gouvernement à la démission. Parce que la démission n'est généralement pas prévue par la

Constitution, le Gouvernement a ici un pouvoir d'appréciation. Il existe des pays où, certes, la Constitution prévoit que le refus de confiance entraîne la démission du Gouvernement. C'est le cas de l'Espagne (art 114). Dans d'autres pays, le pouvoir d'appréciation réside dans l'alternative démission ou dissolution : c'est le cas des Pays-Bas ou de l'Irlande. En Autriche ou en France, la démission n'est pas une alternative à la démission mais elle peut être décidée en réplique.

En Allemagne, le rejet de la confiance n'oblige pas le chancelier à démissionner. Néanmoins, la Constitution considère qu'un tel événement constitue une crise. C'est pourquoi le Chancelier peut demander au président fédéral la dissolution du Bundestag. Le président n'est pas obligé de la lui accorder. Mais c'est surtout la possibilité pour le Bundestag, d'éviter la survenance d'une dissolution qui est remarquable. Cette Assemblée peut en effet élire un nouveau Chancelier. Cette procédure se rapproche du mécanisme de défiance constructive que l'on va bientôt étudier.

B. La motion de censure.

Procédure

Le débat doit être raisonné et provoqué par un nombre suffisant de parlementaires. La motion de censure doit ainsi être signée par au moins un dixième des membres de l'Assemblée en Suède, Italie, France, Espagne et jusqu'à un quart au Portugal.

Conditions de délai

Un délai est souvent imposé entre le dépôt et le vote, pour obliger à un vote en conscience des parlementaires, qui ont le temps de réfléchir à une éventuelle dissolution de leur Assemblée. 48 heures au Portugal, en France, en Belgique, en Allemagne et en Grèce, trois jours en Italie, cinq en Espagne.

Conditions d'adoption

Il faut le plus souvent (sauf en Italie, ce qui explique la fréquence des crises ministérielles) une majorité qualifiée pour que la motion soit considérée comme adoptée : majorité des membres composant l'Assemblée comme en France ou en Suède. Dans plusieurs pays, il y a en outre une condition supplémentaire : il faut non seulement rejeter la confiance à la majorité absolue, mais encore désigner un nouveau chef de Gouvernement : c'est le cas de l'Allemagne, de l'Espagne, la Belgique et la Norvège.

Effets de l'adoption

Il faut ici envisager deux types de défiance :

La défiance constructive ;

La défiance simple

En cas de défiance constructive

Le mécanisme allemand a inspiré tous les autres. La responsabilité du Parlement face à la motion de censure est de ne la voter qu'en proposant une majorité de rechange. En Allemagne (art 67), Espagne (art 113 2) et Belgique (art 46), l'adoption d'une motion de censure ne peut provoquer la démission du Gouvernement qu'à condition de proposer simultanément un successeur au chef du Gouvernement. À défaut, la motion, même votée à la majorité absolue, est considérée comme rejetée.

L'usage est donc que le Gouvernement n'est pas obligé de démissionner en cas de majorité négative, c'est-à-dire une majorité résultant de l'addition de plusieurs oppositions manifestées sur la base de motions différentes.

Rien n'empêche cependant de tirer les conséquences de cette défiance ; le chef de Gouvernement pourra dissoudre l'Assemblée qui l'a défié.

En cas de défiance simple

C'est le système le plus courant. L'Assemblée se borne à manifester son opposition au Gouvernement, sans pour autant proposer de solution de rechange nette, c'est-à-dire un chef de Gouvernement substitutif.

La contrainte à la démission n'est pas automatique dans toutes les Constitutions.

C'est cependant le cas en France et au Portugal où la démission est obligatoire (mais la démission peut intervenir ensuite, cas de la France en 1962).

Toutefois, l'alternative démission-dissolution existe. Le Gouvernement n'est en effet pas obligé de démissionner s'il décide, dans la semaine qui suit le vote de défiance, d'ordonner des élections anticipées. C'est le cas de la Suède et du Danemark

§3 La dissolution

Traditionnellement, dans un régime parlementaire, la dissolution est présentée comme le moyen de trancher les conflits entre Parlement et Gouvernement. Elle est considérée traditionnellement comme le moyen de réplique du Gouvernement, ce qui permet d'éviter

son assujettissement au Parlement. Cette contrepartie explique qu'en principe seules les chambres qui peuvent renverser le Gouvernement peuvent être dissoutes, ce qui n'est généralement pas le cas des deuxièmes chambres sauf en Italie et, théoriquement, aux Pays-Bas (il faut cependant noter que certaines 2^e chambres peuvent être dissoutes en Belgique et en Espagne alors que le Gouvernement n'est pas responsable devant elles).

Titulaire du pouvoir de dissolution

Formellement, la compétence de dissolution appartient au chef de l'Etat. Mais dans beaucoup de Constitutions, des propositions sont prévues de la part du chef de Gouvernement. Il en est ainsi de l'Irlande, de l'Espagne où il faut une délibération du Conseil des ministres ou de la Grèce. Même si ce n'est pas exclusivement prévu par la Constitution, le contreseing exigé dans le décret de dissolution montre que le chef de l'Etat ne dispose pas d'une réelle marge d'appréciation.

Dans les autres cas, le chef de l'Etat a une réelle marge d'appréciation, comme en Italie, en France ou au Portugal. Il faut noter d'ailleurs que dans ces deux derniers pays, le pouvoir de dissolution est dispensé de contreseing, ce qui rend les chefs d'Etat encore plus libre. On considère que son pouvoir est arbitral, c'est-à-dire qu'il vise à faire trancher un différend par le peuple entre Gouvernement et Parlement.

Circonstances justifiant la dissolution

L'usage de la dissolution peut résulter de certaines circonstances, par exemple l'incapacité de désigner un chef de Gouvernement. Plus souvent, dans les systèmes où existe le mécanisme de la défiance constructive, l'impossibilité de proposer un successeur au chef du Gouvernement mis en minorité (Allemagne, Espagne, Belgique) ou le rejet d'une motion de confiance (Belgique).

Dans certaines Constitutions, ces conditions de circonstances délimitent limitativement les hypothèses où il peut y avoir dissolution. C'est le cas en Allemagne, en Belgique ou en Grèce. Dans les autres, les circonstances prévues pour la dissolution ne sont pas limitatives, c'est-à-dire que la dissolution peut être utilisée de façon discrétionnaire, hors des circonstances prévues par la Constitution.

Rôle de la dissolution

Il y a deux tendances en Europe du rôle de la dissolution, une tendance restrictive et une tendance libérale.

En Allemagne, c'était, théoriquement, et ce jusqu'à 1983, la première tendance qui a prévalu : la dissolution est considérée comme étant d'usage exceptionnel. On voit ici une réaction nette contre les abus de la République de Weimar.

Pour la seconde tendance, la dissolution est au contraire d'usage fréquent. *Soit* après un renversement du Gouvernement par le Parlement, *soit* même de façon préventive avant que le renversement n'ait lieu, *soit* enfin parce que le Gouvernement estime ne pas être en mesure de gouverner en l'absence d'un soutien parlementaire durable.

Le point commun de ces deux tendances c'est que, a priori, la dissolution manifeste l'existence d'une *crise* de la majorité. Il s'agit donc de résoudre cette crise.

En réalité, la pratique contemporaine de la dissolution montre que son utilisation n'est pas nécessairement liée à une crise. C'est d'autant plus vrai dans les Constitutions rationalisées qui brident les possibilités du Parlement de renverser le Gouvernement tout en laissant subsister entre les mains de l'exécutif un pouvoir discrétionnaire de dissolution. Il y a, en quelque sorte, une dissymétrie des pouvoirs d'actions réciproques du Législatif et de l'Exécutif. C'est particulièrement le cas de la France. Dans ce pays, et hormis l'utilisation que de Gaulle a faite de la dissolution, l'instrument a été utilisé pour aligner les majorités présidentielle et parlementaire : exemples des dissolutions de 1981 et 1988. Une seule exception : la dissolution de 1997, qui la rapprochait des dissolutions par anticipation très utilisées en Allemagne ou en Grande-Bretagne. Il est clair en Grande-Bretagne que le fait pour le Gouvernement de choisir le moment des élections donne au parti majoritaire un réel avantage car les campagnes électorales sont trop courtes pour pouvoir parier sur un retournement de l'opinion

On a dit que l'Allemagne avait une conception particulièrement stricte de la dissolution. En théorie en fait, car, depuis 1983, on crée artificiellement les conditions de la dissolution. En 1983, pour la première fois, on a assisté à un véritable détournement de procédure, tout en entrant bien, formellement, dans les prévisions constitutionnelles : la délibération a été délibérément provoquée (rejet de la question de confiance par abstention de la majorité) pour obtenir la ratification populaire du renversement d'alliance survenu peu avant et déjà entériné par le Bundestag à travers le succès d'une motion de défiance constructive.

Dans ce cas, l'objectif est de se conforter une majorité solide en la reconstituant.

On peut parler, dans les cas anglais et allemand de dissolution par anticipation, d'auto-dissolution.

CHAPITRE II LA RATIONALISATION DE L'ACTION

Le rôle de l'Etat s'étant accru, l'exercice du pouvoir doit être toujours plus efficace. Les implications constitutionnelles de ces exigences sont nombreuses. On vient de voir que, pour assurer l'efficacité de l'action de l'Etat, il fallait s'assurer d'une certaine stabilité gouvernementale, d'où les règles relatives à la confiance, à la censure et à la dissolution. On est venu mettre des freins à la capacité, pour le Parlement, de renverser le Gouvernement.

Le pouvoir allant en se technicisant, la démocratie actuelle n'est plus tant une démocratie délibérante, où c'est le Parlement qui détient la réalité du pouvoir, mais plutôt une démocratie gouvernante, c'est-à-dire dans laquelle le Gouvernement prédomine.

L'impuissance supposée ou réelle des Parlements à faire toute la législation va conduire à repenser la répartition des pouvoirs normatifs (section I) ainsi que l'organisation du travail législatif (section II).

SECTION I LA REPARTITION DES POUVOIRS NORMATIFS

Les exigences de la démocratie gouvernante posent un problème, démocratique justement. L'approche traditionnelle de la démocratie veut que les règles qui s'imposent à la société soient délibérées et votées par les représentants de la nation. On voit ici un affrontement net entre deux logiques : celles de la démocratie gouvernante et de la démocratie délibérante.

Quelle est, justement, la logique de la démocratie gouvernante ? Quelles sont donc les justifications d'une répartition de la production des normes ? Ce sont les besoins normatifs d'un Etat moderne auxquels les Parlements n'ont pas forcément la capacité matérielle de faire face. C'est, du moins, la justification que donnent les tenants de la rationalisation.

Ces nouvelles exigences posent deux problèmes relatifs à *la conception de la loi*, d'une part, et à *la délégation du pouvoir législatif*, d'autre part.

§1 La conception de la loi : un accaparement du pouvoir normatif

Conformément à une conception classique, la plupart des Constitutions européennes lient l'exercice du pouvoir normatif à l'intervention du Parlement. Elles sont peu nombreuses à aborder le problème de la répartition des pouvoirs normatifs entre Parlement

et Gouvernement. En fait, peu de Constitutions prévoient un pouvoir réglementaire matériellement autonome du Gouvernement, au sens où il porterait sur un domaine spécifiquement attribué au Gouvernement.

Il s'agit le plus souvent de rappeler le pouvoir réglementaire d'exécution des lois, c'est-à-dire d'un pouvoir matériellement subordonné.

Dans quelques cas, rares, on admet un pouvoir initial du règlement. C'est notamment le cas de l'Allemagne : il y est admis que l'exécutif dispose toujours du pouvoir réglementaire d'organisation des services. C'est aussi le cas au Portugal où le seul pouvoir réglementaire réellement exclusif (art 201 2) concerne l'organisation et le fonctionnement du Gouvernement. Mais le Gouvernement y jouit aussi d'un pouvoir concurrent de celui de l'Assemblée (art 201 1 a), ce qui lui permet théoriquement de modifier une loi ou d'y déroger, mais il appartient à l'Assemblée de ratifier ou d'amender les textes ainsi adoptés. De sorte qu'il s'agit en réalité d'un système mixte, puisqu'il fonctionne sur le schéma de la délégation législative.

Dans cet ensemble, la France constitue un cas à part. On sait que l'art 37 de la Constitution dispose que les matières autres que celles réservées à la loi ont un caractère réglementaire. Il s'agit là d'un pouvoir considéré comme initial, et de droit commun. De plus, le Gouvernement peut, selon les termes de l'alinéa 2 du même article, « défendre » son domaine contre les incursions du Parlement (c'est le mécanisme de la « délégalisation »). L'expérience relativise cette spécificité. Il est en effet difficile de déceler en pratique des domaines où le pouvoir réglementaire s'avère réellement initial et où il n'y a aucune loi à laquelle il se trouverait assujéti. Ainsi, le pouvoir réglementaire français rentre-t-il dans le camp des pouvoirs subordonnés à la loi.

§2 La délégation du pouvoir législatif

Dans tous les autres cas que celui d'un pouvoir réglementaire normal, l'existence d'un pouvoir normatif du Gouvernement dépend d'une habilitation donnée par le Parlement.

L'idée est que les Gouvernements puissent suppléer les Parlements, sur la base d'une délégation de pouvoir, quand ceux-ci s'avéreront incapables d'exercer leur compétence, pour des raisons techniques ou politiques (exemple : l'urgence de doter le pays de règles).

Historiquement, la pratique de la délégation du pouvoir législatif apparaît lors de la première guerre mondiale dans presque tous les pays en guerre.

Aujourd'hui, la plupart des Constitutions établissent une telle habilitation. La délégation, au départ exceptionnelle, est devenue finalement assez banale dans l'entre-deux-guerres.

On a cependant voulu encadrer constitutionnellement cette pratique au sortir de la 2^e guerre. On met en place des mécanismes présumés éviter les abus et rendre un pouvoir de contrôle au Parlement. Mais ce contrôle est en réalité souvent illusoire. On est ici encore en présence d'une manifestation du renforcement de l'exécutif. Le Gouvernement trouve dans cette technique un énorme avantage : éviter les discussions parlementaires et les amendements déposés par l'opposition.

Le problème essentiel est celui du contrôle que le Parlement peut exercer sur des textes d'origine gouvernementale. Il peut s'exercer en amont ou en aval, c'est-à-dire a priori ou a posteriori.

A. Le contrôle « a priori »

Il est exercé par le Parlement au moyen de la loi d'habilitation, qui doit être obligatoirement votée.

Limites

Mais le Parlement n'est pas habilité à déléguer toute matière. Certaines Constitutions ont borné son pouvoir en indiquant des limites matérielles, c'est-à-dire des interdictions de déléguer. Ces limites sont appelées *réserves absolues de loi*.

Dans les pays où il existe une distinction entre lois organiques et lois ordinaires, les matières relevant des premières ne peuvent faire l'objet de délégations. C'est soit indiqué formellement dans la Constitution, soit implicite (cas de la France).

Par ailleurs, les lois relatives aux finances publiques ne peuvent jamais faire l'objet de délégations.

Il peut y avoir par ailleurs des domaines relevant du législateur ordinaire qui échappent aux délégations. Ces matières interdites à la délégation sont alors énoncées dans la Constitution.

Précision de l'habilitation

Hormis le souci de limiter les délégations en les interdisant dans certaines matières, certaines Constitutions ont voulu établir le degré de précision de la loi d'habilitation.

En Allemagne, le législateur doit préciser le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation (art 80). En France, il doit préciser le champ d'application matériel et la durée de l'habilitation (art 38). Le système italien est plus précis encore, puisque l'habilitation est autorisée avec « détermination des principes et directives de cette délégation et seulement pour un temps limité et des objets définis » (art 76).

Interdiction d'empiètement législatif sur les domaines délégués

Seules deux Constitutions ont tenu à éviter les incursions du Parlement. En France (art 41) et en Espagne, le Gouvernement peut s'opposer à une proposition de loi ou un amendement contraire à une délégation en vigueur. Il s'agit ici d'imposer une certaine cohérence au Parlement.

Cependant, en Espagne, le Parlement a la faculté de récupérer le pouvoir délégué en présentant une proposition de loi abrogeant totalement ou partiellement la délégation. C'est impossible en France. Le Parlement ne pourra s'opposer aux ordonnances gouvernementales qu'après expiration de l'habilitation, en refusant de les ratifier.

B. Le contrôle « a posteriori »

Il est prévu :

soit par les Constitutions ;

soit, directement, par les lois d'habilitation.

a) Le contrôle a posteriori prévu par les Constitutions

Aucune Constitution (à l'exception de la LF allemande, art 80, qui prévoit l'approbation obligatoire du Bundesrat pour les actes touchant certaines matières) ne subordonne la validité des actes de législation déléguée à une approbation expresse du Parlement.

Le Gouvernement a quelquefois l'obligation de transmettre au Parlement un projet de loi de ratification (France) ou les actes adoptés (Grande-Bretagne : NB, on assimilera ici à la Constitution le *Statutory instruments Act* britannique).

En France, néanmoins, le simple dépôt sur le bureau d'une Assemblée du projet de loi de ratification suffit. En GB au contraire, le contrôle des actes est effectif. Il s'agit de vérifier si le Gouvernement respecte les limites de l'habilitation. Si la commission parlementaire chargée d'effectuer ce contrôle ne fait aucune remarque dans un délai de 40 jours, le texte est présumé avoir été approuvé par les Assemblées et demeure en vigueur.

Autre différence : alors qu'en GB il ne s'agit que d'un contrôle de fond qui ne transforme pas l'acte, en France, la ratification est un mécanisme par lequel le Parlement endosse les ordonnances et leur confère force législative.

Les autres systèmes constitutionnels sont moins contraignants : ils se contentent de prévoir que les dispositions adoptées par le Gouvernement ne sont soumises au Parlement que s'il en fait la demande (pouvoir d'évocation du Parlement). C'est le cas de la Suède (chapitre VIII, art 12) et du Portugal.

b) Le contrôle a posteriori prévu par les lois de délégation

Le législateur peut prévoir un contrôle ultérieur.

En Italie par exemple, la loi de délégation prévoit souvent la mise en place d'une commission parlementaire mixte qui donne son avis sur les mesures que le Gouvernement veut mettre en œuvre. Aux Pays-Bas, le pouvoir de prendre des ordonnances est dans certains cas donné sous réserve de présenter une loi de ratification, à peine de caducité (système comparable à celui prévu par la Constitution française).

Il peut aussi exister un contrôle juridictionnel sur les actes pris par le Gouvernement. Ainsi, en Autriche, la Cour constitutionnelle peut annuler un acte de législation déléguée (après une plainte pour illégalité). En France, les actes non ratifiés sont justiciables devant le juge administratif car ce sont des actes réglementaires. Ils peuvent également être contrôlés après ratification par le Conseil constitutionnel, à l'occasion précisément du contrôle de la loi de ratification.

SECTION II L'ORGANISATION DU TRAVAIL LEGISLATIF

Contrairement aux idées reçues, le pouvoir législatif n'appartient pas exclusivement aux Parlements dans les régimes parlementaires. Hormis, bien sûr, les cas où la fonction législative est exercée par le peuple, l'exercice du pouvoir législatif fait l'objet de rapports avec l'exécutif. Aujourd'hui, l'essentiel des rapports, dans la fonction législative, entre exécutif et législatif se déroule plus en amont du processus législatif. Il y a eu en effet une réaction forte au profit de l'exécutif parce qu'il n'est plus paru tolérable que le Gouvernement dépende du rythme de travail du Parlement. La rationalisation a produit une main mise importante de l'exécutif sur le travail législatif en déposant notamment le Parlement de l'ordre du jour.

§1 L'encadrement de l'initiative

La plupart des Constitutions présentent l'initiative comme un droit qui appartient concurremment à l'exécutif et au Parlement.

Mais Parlement et Gouvernement ne sont pas toujours les titulaires exclusifs de l'initiative. Le droit d'initiative est reconnu également à d'autres organes dans certains pays, en raison de la particularité de leur organisation.

La forme de l'Etat est ici déterminante : les régions ou les entités fédérées partagent le droit d'initiative en Allemagne, en Suisse, Italie notamment. Ce droit peut également être reconnu à une fraction plus ou moins importante du corps électoral (droit de pétition en Italie).

Il faut enfin distinguer l'initiative dite totale, c'est-à-dire la proposition de textes complets ou partielle, c'est-à-dire la proposition d'amendements à un texte.

A. L'encadrement de l'initiative totale (proposition ou projet de loi)

Conformément à la tradition de l'autonomie parlementaire, la fixation de l'ordre juridique revient presque partout aux Assemblées. Mais il s'agit d'une prérogative en trompe-l'œil car ce pouvoir peut être conditionné par la nécessité de donner la priorité aux

textes d'origine gouvernementale. C'est l'un des éléments de rationalisation les plus nets, présents dans un très grand nombre de pays européens.

Mais c'est en France que s'exerce la contrainte maximale. La Constitution prévoit en effet, en son article 48, que l'ordre juridique doit comporter en priorité, et dans l'ordre arrêté par le Gouvernement, les projets qu'il a déposés et les propositions qu'il a acceptées. La conférence des présidents (de groupe) ne fixe donc que l'ordre du jour complémentaire, qui est résiduel.

B. L'encadrement de l'initiative partielle (amendement)

L'amendement consiste dans le droit de demander des modifications partielles d'un texte en discussion. Dans tous les pays européens, il appartient logiquement au Parlement et au Gouvernement. La rationalisation a visé ici à restreindre le droit d'amendement pour contenir le phénomène de l'obstruction parlementaire, où la discussion est ralentie par le dépôt de milliers d'amendements par l'opposition (exemple en France, débat sur les retraites).

Il n'y a pas de règles uniformes en cette matière. Les pays européens se divisent en partisans de la liberté totale d'amendement (cas de la Suisse ou de la Norvège) ou de l'encadrement strict (France, art 44 2).

C'est seulement en France que la Constitution confère au Gouvernement un pouvoir de contrôle sur les amendements parlementaires. Si ceux-ci peuvent être déposés aussi bien en commission qu'au cours des débats, le Gouvernement a néanmoins le pouvoir de s'opposer à la discussion de ceux qui n'ont pas été antérieurement soumis à la commission.

Par ailleurs, le débat, qui a pourtant lieu après l'examen en commission, commence toujours, pour les projets de loi, sur le texte présenté par le Gouvernement, c'est-à-dire sans tenir compte des amendements. De sorte que le dépôt des amendements en commission est en fait un préalable nécessaire pour garantir leur discussion en séance.

Enfin, le Gouvernement peut opposer (il n'y est donc pas obligé) soit l'irrecevabilité financière (art 40), soit l'irrecevabilité à un amendement qui n'est pas du domaine de la loi ou qui est contraire à une délégation législative en vigueur (art 41).

On doit noter en revanche que dans quasiment tous les pays européens, les *cavaliers législatifs sont explicitement interdits*, c'est-à-dire qu'il est exigé que les amendements portent sur l'objet du texte.

§2 Le déroulement des débats

A. Le dépôt des textes

Se pose d'abord la question de la priorité d'une chambre sur l'autre pour le dépôt. Nombreuses sont les Constitutions qui donne la priorité de la discussion budgétaire à la chambre basse (France, Italie, Irlande, GB). Les autres textes peuvent en principe être déposés indifféremment dans l'une ou l'autre des assemblées. La priorité est néanmoins en principe accordée à la chambre basse.

En France, l'usage veut que les textes relatifs aux collectivités locales soient d'abord déposés au Sénat. En GB, les textes traitant généralement de questions juridiques sont d'abord soumis à la Chambre des Lords, les textes traitant de questions politiques aux Communes.

B. Le rôle des commissions

Les commissions, généralement divisées en permanentes et ad hoc, sont le plus souvent saisies immédiatement après le dépôt (Autriche, Belgique, France, Grèce, Italie, Portugal, suède...). Dans certains pays, elles sont saisies après une première discussion qui fixe les principes généraux.

La fonction principale de la commission est de préparer le texte pour le débat en assemblée plénière. Elles ont pour tâche principale de présenter un rapport sur les textes dont elles sont saisies. Elles mènent à ce titre une réflexion pour laquelle elles peuvent d'ailleurs procéder à des auditions. Elles jouent également un rôle important dans la question des amendements et peuvent proposer un projet réviser.

Très souvent, la discussion publique portera éventuellement sur un texte déjà remodelé par la commission en fonction des amendements (ce n'est pas le cas en France où la discussion porte toujours d'abord sur le projet tel qu'il a été déposé par le Gouvernement).

C'est le cas en Allemagne où le Bundestag examine le texte résultant des délibérations de la commission, en Espagne, en Grèce, en Irlande, en Italie, au Portugal...

En revanche, au Danemark, en France pour les projets de loi et aux Pays-Bas, la commission adjoint simplement au texte initial les amendements proposés.

Dans quelques rares cas, essentiellement en Italie, les commissions peuvent se voir reconnaître le pouvoir d'adopter définitivement certains textes définitivement. Ce mécanisme permet d'adopter un tiers des textes.

C. L'adoption de la loi

Lectures et débats

Le schéma classique, dans les pays européens, est conforme au modèle britannique où trois lectures successives sont menées.

La première, assez formelle, permet la présentation du texte.

La deuxième est l'occasion d'un débat général où est décidé le renvoi en commission qui examinera le texte et les amendements proposés (cas dans les pays où les textes ne sont pas immédiatement examinés en commission).

La troisième ne donne plus lieu à de véritables débats et aucun amendement de fond n'est plus possible.

La France signale sa spécificité par le fait que le Gouvernement dispose de deux moyens d'infléchir le débat et de perturber son *tempo*. Il peut d'abord, pour contrecarrer la multiplication des amendements, demander que l'Assemblée se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en ne retenant que les amendements qu'il a proposés ou acceptés (c'est le vote bloqué de l'art 44 3). Il peut ensuite obtenir une adoption sans vote en engageant sa responsabilité sur le texte (art 49 3).

Navettes et dernier mot

C'est à ce niveau que se marque le caractère égalitaire ou non du bicamérisme.

L'égalité totale est rare. Elle n'existe qu'en Italie et en Suisse. Dans ces deux pays, les projets doivent être votés en termes identiques par les deux assemblées pour être adoptés. Cela implique que, théoriquement, la navette peut se poursuivre indéfiniment.

Dans les autres pays, l'égalité ne s'observe que pour quelques catégories de textes. Hors les cas de révision constitutionnelle, elle s'applique en France pour les lois organiques relatives au Sénat en France, pour les matières strictement bicamérales en Belgique et pour les lois dites d'approbation en Allemagne (la moitié des lois). Cette forte proportion donne un rôle accru au Bundesrat.

Les situations d'inégalité sont néanmoins les plus courantes. Dans ces cas, c'est la première chambre qui a le dernier mot.

En Grande-Bretagne, depuis le *Parliament Act* de 1949, la Chambre des Lords n'a qu'un veto suspensif que la Chambre des Communes peut lever au cours de deux sessions successives et à un an d'intervalle.

En France, il faut au moins deux navettes au cours desquelles les deux chambres jouissent de pouvoirs égaux. L'AN peut avoir le dernier mot mais seulement après l'échec d'une procédure de conciliation et une nouvelle lecture par chaque Chambre. Mais contrairement aux autres pays, ce ne sont pas les assemblées qui sont à l'origine de la conciliation mais le Gouvernement qui décide de réunir une CMP. Signalons que le texte issu de la commission ne peut plus être amendé qu'avec l'accord du Gouvernement et le dernier mot de l'AN ne peut plus porter que sur ce texte ou le dernier texte voté par elle.

Notons que dans certains pays (Autriche, Danemark, Suisse, Islande), le dernier mot peut être octroyé au peuple. Un référendum est alors organisé pour confirmer les textes votés par le Parlement.

INTRODUCTION 1

**PARTIE I LES PRINCIPES COMMUNS AUX ETATS EUROPEENS ET LEURS
TRADUCTIONS CONSTITUTIONNELLES..... 5**

TITRE I LA DEMOCRATIE 5

CHAPITRE I LES FONDEMENTS THEORIQUES DE LA DEMOCRATIE 5

SECTION I LA CONCEPTION REVOLUTIONNAIRE DE LA DEMOCRATIE 7

§1 Rousseau et le *Contrat social* : le rôle de la volonté générale 7

§2 Les théories révolutionnaires de la souveraineté 8

SECTION II LA CONCEPTION LIBERALE DE LA DEMOCRATIE 9

§1 Montesquieu et L'esprit des lois : une apologie d'un Gouvernement modéré 9

§2 Le Gouvernement représentatif : l'Angleterre du XVIIIe siècle 10

§3 La conception de la démocratie au XVIII-XIXe : le primat du libéralisme 11

SECTION III LA CONCEPTION CONTEMPORAINE DE LA DEMOCRATIE 12

CHAPITRE II LES MODALITES DE LA DEMOCRATIE EN EUROPE 15

SECTION I LA CONSTRUCTION D'UNE SOCIETE PLURALISTE 16

§1 Le statut et le rôle des partis politiques 16

§2 Le statut et le rôle de l'opposition 19

SECTION II LA REPRESENTATION 20

§1 Le principe représentatif 20

A. Exposé du principe représentatif 21

B. Critique du principe représentatif 21

C. Nécessité du principe représentatif 22

§2 Les techniques de représentation 23

A. La représentation proportionnelle 23

a) La proportionnelle allemande 23

b) L'Italie : de la proportionnelle intégrale au scrutin majoritaire corrigé 24

B. Le scrutin majoritaire 25

a) Le scrutin uninominal majoritaire simple anglais 25

b) Le scrutin uninominal majoritaire à deux tours français 25

1. Description 25

2. Contrôle de la représentation égale du suffrage 26

α. Contrôle de l'équilibre démographique des circonscriptions 26

β. L'efficacité du contrôle 27

SECTION III LES PROCEDES DE DEMOCRATIE SEMI-DIRECTE 27

§1 Démocratie semi-directe et représentation 28

§2 Les techniques de la démocratie semi-directe 28

L'initiative populaire 29

Le veto populaire 29

Référendum au sens strict et consultation 29

TITRE II ETAT DE DROIT ET CONSTITUTIONNALISME 31

**CHAPITRE I LE CONSTITUTIONNALISME OU LA NOTION DE PRIMAUTE DE LA
CONSTITUTION..... 32**

CHAPITRE II LES GARANTIES DE L'ETAT DE DROIT..... 33

SECTION I L'INDEPENDANCE DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE 33

SECTION II LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX 34

SECTION III L'INSTRUMENT DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS.....	37
§1 La difficile émergence de la justice constitutionnelle en Europe	37
§2 Les caractéristiques communes des Cours constitutionnelles européennes.....	39
A. Conditions d'existence des juridictions constitutionnelles	39
a) Le monopole du contentieux constitutionnel	39
b) Une désignation de juges non-magistrats par des autorités politiques.....	40
c) Une véritable juridiction	40
d) Une juridiction hors de l'appareil juridictionnel.....	40
B. Attribution commune : le contrôle concentré de constitutionnalité des lois	41
§3 La mission des Cours constitutionnelles : protéger les droits et libertés	42

PARTIE II LA RATIONALISATION DU POUVOIR DANS LES REGIMES PARLEMENTAIRES 44

CHAPITRE I LA RATIONALISATION DU CONTROLE 44

§1 La formation du Gouvernement	46
A. Les systèmes de confiance avérée.....	47
Investiture du chef de Gouvernement	47
Investiture du Gouvernement.....	47
B. Les systèmes de confiance présumée	48
C. Les systèmes ambigus	49
§2 La vérification de la confiance	49
A. La question de confiance	50
Objet de la question de confiance	50
Procédure	50
Vote	50
Effet du refus de confiance	50
B. La motion de censure.....	51
Procédure	51
Conditions de délai	51
Conditions d'adoption.....	51
Effets de l'adoption.....	52
En cas de défiance constructive	52
En cas de défiance simple	52
§3 La dissolution	52
Titulaire du pouvoir de dissolution	53
Circonstances justifiant la dissolution.....	53
Rôle de la dissolution.....	53

CHAPITRE II LA RATIONALISATION DE L'ACTION 56

SECTION I LA REPARTITION DES POUVOIRS NORMATIFS	56
§1 La conception de la loi : un accaparement du pouvoir normatif.....	56
§2 La délégation du pouvoir législatif.....	57
A. Le contrôle « a priori »	58
Limites	58
Précision de l'habilitation	59
Interdiction d'empiètement législatif sur les domaines délégués.....	59
B. Le contrôle « a posteriori »	59
a) Le contrôle a posteriori prévu par les Constitutions	59
b) Le contrôle a posteriori prévu par les lois de délégation	60
SECTION II L'ORGANISATION DU TRAVAIL LEGISLATIF	61
§1 L'encadrement de l'initiative	61
A. L'encadrement de l'initiative totale (proposition ou projet de loi)	61
B. L'encadrement de l'initiative partielle (amendement)	62
§2 Le déroulement des débats	63
A. Le dépôt des textes.....	63

B. Le rôle des commissions	63
C. L'adoption de la loi.....	65
Lectures et débats	65
Navettes et dernier mot.....	65